This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

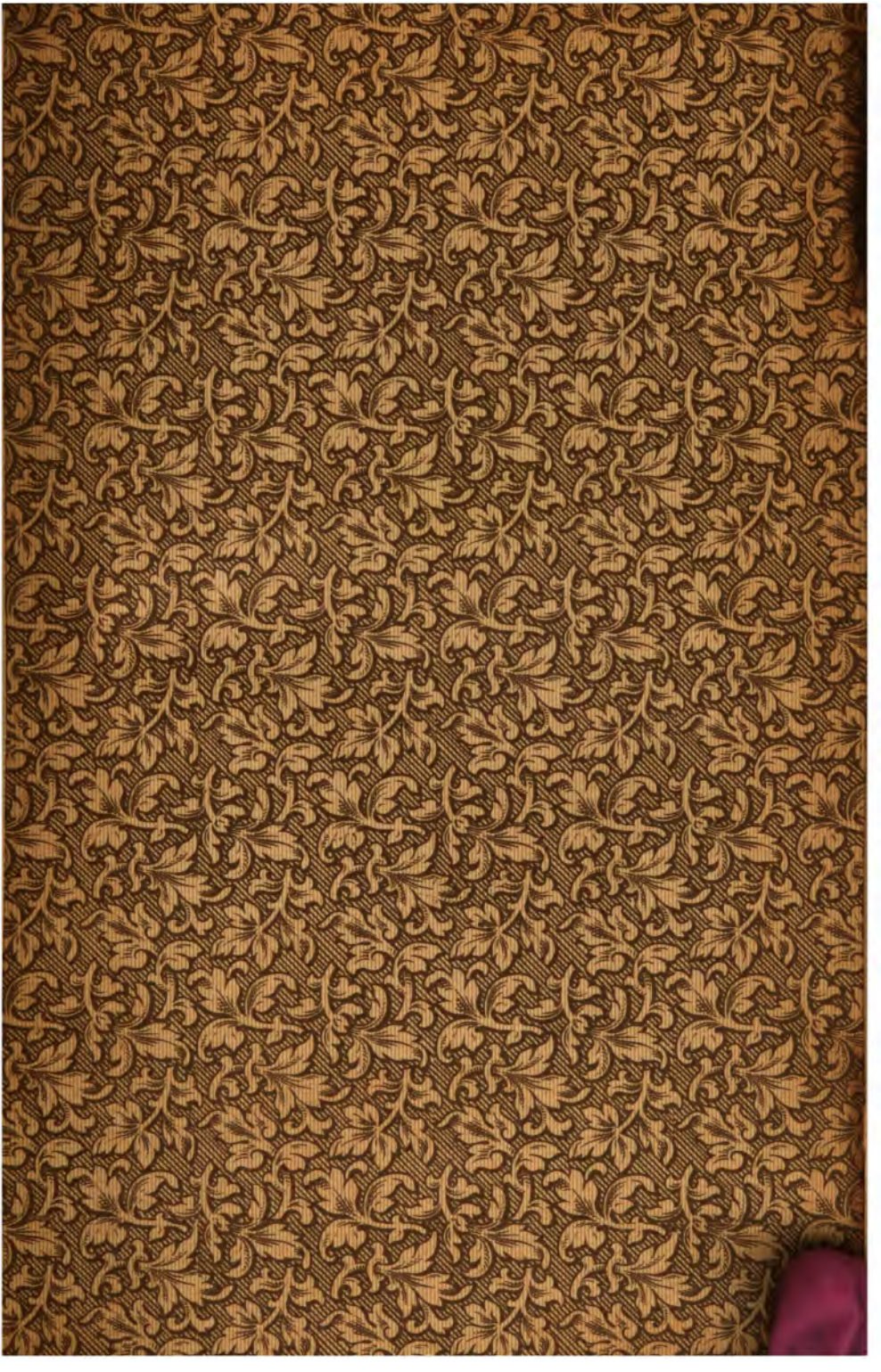
Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 934 599

HARVARD LAW LIBRARY.

Received Oct. 16, 1900.



Die Moral als Schranke

des

Rechtserwerbs und der Rechtsausübung.

Die Moral als Schranke

des

Rechtserwerbs und der Rechtsausübung.

Von

Dr. Emil Steinbach.

8°
Wien, 1898.

Manz'sche k. u. k. Hof-Verlags- u. Univ.-Buchhandlung.

I. Kohlmarkt 20.

Das Recht der Uebersetzung bleibt vorbehalten.

Rec. Oct. 16, 1900

Vorwort.

Die gegenwärtige Schrift gibt mit einigen Erweiterungen den Inhalt eines Vortrages wieder, welchen der Verfasser in der Wiener Juristischen Gesellschaft gehalten hat. Von speciell juristischen Grundlagen ausgehend, gelangen die folgenden Ausführungen zu Resultaten, welche vielleicht auch das Interesse weiterer Kreise erregen könnten. Die mannigfaltigen Beziehungen, in denen diese Resultate zu den Anschauungen stehen, welche der Verfasser in seinen letzten beiden Publicationen: „Erwerb und Beruf“ und „Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation“ zum Ausdrucke gebracht hat, werden dem verehrten Leser nicht entgehen.

Wien, im November 1898.

Der Verfasser.

Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung.

Die nachstehenden Ausführungen verdanken ihre Entstehung einer neuen civilistischen Abhandlung. Sie geben in erster Linie jenen Gedanken Ausdruck, welche diese Abhandlung bei dem Schreiber der folgenden Zeilen angeregt hat. Das betreffende Buch trägt den Titel: „Der unmoralische Vertrag insbesondere nach gemeinem Rechte von Philipp Lotmar, Professor in Bern. Leipzig, Verlag von Duncker & Humblot. 1896."

Gleich zum Beginne meiner Erörterungen will ich darauf hinweisen, dass das in Rede stehende Buch eine nicht gewöhnliche Bedeutung für sich in Anspruch nehmen darf. Einerseits ist nämlich der Gegenstand desselben, und zwar ebensowohl für die Anwendung des geltenden Rechts, als auch für die weitere Rechtsentwicklung von grösster und, wie Lotmar wohl mit Grund hervorhebt, vielleicht noch nicht ermessener Tragweite. Anderseits aber ist auch die Behandlung durch den Autor eine der Wichtigkeit des Gegenstandes vollkommen entsprechende, denn seine Ausführungen zeugen nicht bloss von grosser juristischer Gelehrsamkeit, sondern auch von hoher allgemeiner Bildung und reichen

Erfahrungen im praktischen Rechtsleben, so dass die Beschäftigung mit diesem Buche die mannigfaltigsten Anregungen gewährt und kein Jurist es ohne bedeutende Erweiterung seines Wissens und seines Gesichtskreises aus der Hand legen wird.

Bei der Besprechung des Verhältnisses des Rechts zur Moral unterscheidet Lotmar zwei verschiedene Seiten des Einflusses der Moral auf das Recht, einen positiven und einen negativen Einfluss. Der erstere, nämlich der historische Hergang der Entstehung des Rechts aus der Moral, also die Untersuchung, „wann und in welchem Mass zunächst als Moralforderungen anerkannte Postulate unter den Schutz des Rechts gestellt worden sind", bleibt von der Darstellung Lotmars ausgeschlossen. Ihn beschäftigt dasjenige, was man den negativen Einfluss der Moral im Recht nennen darf, also jene Vorkommnisse, „bei denen die *lex lata* mit der Moral in eine Collision geräth, in der, wenn das Recht auf seiner Bahn verharrte, die Moral zu Schaden kommen würde, daher es sich gegen die Immoralität zur Wehr setzt." „Das Recht macht hiermit die Moralgebote zu den seinigen, nicht in dem Sinne, dass es seine Machtmittel behufs Ausbreitung der Moral zur Verfügung stellt, wohl aber in dem Sinne, dass es das Aufgebot seiner Machtmittel verweigert, wo dasselbe auf Grund eines Vorgangs beansprucht wird, den die Moral missbilligt." — Das Werk Lotmar's behandelt aber auch nicht das gesammte Gebiet dieses negativen Einflusses der Moral auf das Recht, denn einerseits zieht unser Autor jene Schranken, welche der moralwidrigen Ausübung eines in moralisch unanfechtbarer Weise be-

gründeten subjectiven Rechts durch das objective Recht gezogen werden, nicht direct in den Kreis seiner Betrachtung, sondern beschränkt seine Ausführungen im Wesentlichen auf die Fälle moralwidriger Rechtsbegründung, und anderseits erschöpft Lotmar auch dieses letztere Gebiet nicht vollständig, da er nur den unmoralischen Vertrag behandelt und daher die einseitigen Rechtsgeschäfte ausserhalb der Grenzen seiner Darstellung bleiben. In diesen selbstgezogenen Grenzen ist aber die Darstellung zunächst für das römische Recht eine wahrhaft erschöpfende, von eingehendster Vertrautheit mit den Quellen Zeugniss gebende, und auch für das moderne Recht bleibt kaum irgend ein in Frage kommender Gesichtspunkt ausser Betracht. An der Hand seiner Ausführungen gelangt nun Lotmar zu nachstehenden, zunächst für das gemeine Recht geltenden Ergebnissen, deren Anwendung der Autor aber auch für die Interpretation des neuen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches empfiehlt. „Ein Vertrag ist *contra bonos mores* nur, wenn eines der drei folgenden Verhältnisse seines Inhalts zur Moral gegeben ist, nämlich:

1) wenn er eine Handlung, Duldung oder Unterlassung vereinbart, die unmoralisch ist;

2) wenn er zum Gegenstand einer Vereinbarung macht eine Handlung, Duldung oder Unterlassung, die zwar nicht unmoralisch ist, aber von Moralwegen nicht vertraglich vorgenommen oder zugesichert und damit dem Rechtszwang unterstellt werden darf;

3) wenn er eine ökonomische Leistung in Causalbeziehung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung setzt, welche — mag sie moralisch oder un-

moralisch sein — von Moralwegen nicht in solcher Causalbeziehung zu Geld oder Geldeswerth stehen soll."

„Dahingegen, ob und wann eine Leistung für sich, oder ihre Aufnahme in einen Vertrag, oder ihre contractliche Causalverknüpfung mit einer pecuniären Leistung der Moral widerstreite, das ist keine Rechtsfrage, daher auch nicht aus dem Recht zu beantworten, sondern eine Moralfrage, daher auch nur aus der Moral zu beantworten." (S. 68, 71, 73, 75.)

Nach der Ansicht Lotmar's sind also beim unmoralischen Vertrag zwei Fragen auseinanderzuhalten: eine formale, die Rechtsfrage, und eine materielle, die Moralfrage, nämlich „1) ob ein gewisses Verhältniss des Vertrages zur Moral vorhanden ist, bei welchem ein Verstoss gegen die guten Sitten dem Recht nach möglich ist, und wenn ja, 2) ob ein solcher Verstoss gegen die guten Sitten der Moral nach wirklich vorhanden ist." Bei dieser Anschauungsweise ist Lotmar vollkommen im Rechte, wenn er darauf hinweist, dass der römischrechtliche Satz, wonach das *pactum contra bonos mores* ungiltig ist, nicht dazu verführen darf, irgend einen Vertrag, an dem wir moralisch Anstoss nehmen, weil er der Immoralität Vorschub leistet, schon darum als unmoralisch und daher für ungiltig zu erklären (S. 77). Auf diesem Wege gelangt unser Autor auch zu dem Resultate, dass beispielsweise ein Vertrag, wodurch ein Ehemann zu dem dem Käufer bekannten Zwecke sein Haus verkauft, um mit dem Erlös seine Auswanderung zu bestreiten, bei der er Weib und Kinder mittellos zurücklassen will, — oder ein Dar-

lehen zu dem dem Darleiher bekannten Zwecke der Unternehmung verbotener Schmuggelgeschäfte — als giltig anzusehen sind, weil sie unter keine der drei dem römischen Rechte bekannten, früher angeführten Formen des unmoralischen Vertrages fallen.

Es liegt nicht in dem Zwecke der gegenwärtigen Erörterungen, die römischrechtlichen Ausführungen Lotmar's einer Ueberprüfung zu unterziehen. Nur dem Gedanken will ich in dieser Beziehung Ausdruck geben, dass in den zahlreichen, von dem Autor zur Begründung seines Ideenganges herangezogenen Quellenstellen eine Entwicklung des Rechtsgedankens vom speciellen Falle bis zum allgemeinen Principe verfolgbar sein könnte, so dass die Worte des Rescripts der Kaiser Diocletian und Maximian vom Jahre 293 (c. 4, C. 8, 38): *„cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint"* — von welchen Lotmar mit Recht bemerkt, dass in denselben *„pactum"* jeden nicht in Stipulationsform geschlossenen Vertrag begreift (S. 169) — gewissermassen das Schlussglied dieser Entwicklung darstellen würden, bezüglich dessen unser Autor selbst hervorhebt (S. 51), dass das deutsche bürgerliche Gesetzbuch dieselbe Regel, und zwar für Rechtsgeschäfte überhaupt, nicht bloss für Verträge aufstellt. — Uebrigens ist ja dem römischen Rechte dieselbe Rechtsregel auch für einseitige Rechtsgeschäfte durchaus nicht fremd, wie Lotmar gleichfalls eingehend dargethan hat (S. 22—27). Nur beispielsweise mag in dieser Hinsicht an den wichtigsten Fall nämlich an die unmoralische letztwillige Verfügung erinnert werden, bezüglich deren l. 112, §. 3, D. 30

bestimmt: „*Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid.*“

An Stelle der zahlreichen einschlägigen Bestimmungen der römischen Rechtsquellen enthält das deutsche bürgerliche Gesetzbuch im §. 138 bekanntlich nur den kurzen Satz: „Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.“ Im Entwurfe erster Lesung hatte es im §. 106 gelautet: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst, ist nichtig.“ Die Motive (Bd. 1, S. 211) hatten dazu bemerkt, dass der Standpunkt jener Gesetzgebungen, welche als Regel aussprechen, dass ein Rechtsgeschäft, welches eine den guten Sitten widerstreitende Leistung zum Gegenstande hat, nichtig sei, als zu enge sich darstelle. Es müssten auch solche Rechtsgeschäfte, durch welche zwar eine sittenwidrige Leistung nicht versprochen wird, deren Inhalt aber mit den guten Sitten sich in Widerspruch setzt, unter Umständen nichtig sein. Freilich sei gewiss, dass das Gebiet der Sittenpflichten mit demjenigen der Rechtspflichten sich nicht deckt und dass nicht jedes vom Standpunkte der Sittlichkeit verwerfliche Rechtsgeschäft nichtig sein kann. Die Grenze sei dahin zu ziehen, dass Nichtigkeit eintritt, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäftes unmittelbar in objectiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjectiven Seite die guten Sitten verletzt. Diese Vorschrift stelle sich als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar, der vielleicht nicht ohne Bedenken sei. Dem richterlichen Ermessen werde ein

Spielraum gewährt, wie ein solcher grossen Rechtsgebieten bisher unbekannt sei. Fehlergriffe seien nicht ausgeschlossen. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes dürfe indessen unbedenklich darauf vertraut werden, dass die Vorschrift im Ganzen und Grossen nur in dem Sinne werde angewendet werden, in dem sie gegeben sei.

Eine fernere bedeutende Erweiterung erfuhr dieselbe Bestimmung in zweiter Lesung, in welcher dieselbe im Wesentlichen ihre jetzige Gestalt erhielt. In dem betreffenden Protokolle wurde zu §. 106 bemerkt: „Es genüge nicht, mit dem Entwurfe die Nichtigkeit nur bezüglich solcher Rechtsgeschäfte zu bestimmen, deren Inhalt unmittelbar in objectiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjectiven Momente die guten Sitten verletze. Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Masse Rücksicht genommen werden dürfe, dass ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Controlle des Richters unterstellt würden, so sei es doch im einzelnen Falle unerlässlich, die verwerfliche Gesinnung der Betheiligten nicht ausser Acht zu lassen, weil erst durch die Hinzunahme dieses subjectiven Moments der Inhalt des Rechtsgeschäftes in das rechte Licht gesetzt werde.“ Auf die gleichfalls beschlossene Weglassung der Worte: „oder die öffentliche Ordnung“ wird noch im weiteren Verfolge meiner Erörterung zurückzukommen sein.

Lotmar ist gewiss vollkommen im Rechte, wenn er angesichts der Fassung des §. 138 d. b. G. B. bemerkt, dass diese Fassung keineswegs dem römischen Rechtssatz von der Nichtigkeit der *contra bonos mores*

gehenden Verträge entspreche, sondern — auch nur auf Verträge bezogen — viel weiter sei. „Diese Fassung ist so weit, dass sie nicht bloss den vorhin angeführten Hausverkauf und das besprochene Darlehen einbegreift und nichtig macht, sondern es kann jedes Darlehen zu unmoralischer Bestimmung, jede Miethe einer Wohnung behufs unmoralischer Verwendung der Räume, jeder Kauf einer Waffe zu verbrecherischem Zwecke, auch wenn Bestimmung, Verwendung oder Zweck dem Mitcontrahenten unbekannt geblieben sind, als ein „gegen die guten Sitten verstossender" Vertrag aufgefasst und als nichtig behandelt werden" (S. 79, 80). Zufolge dieser Fassung erwartet Lotmar eben, dass theoretische Ueberlegung und praktische Anwendung sich sehr bald vor die Aufgabe gestellt sehen werden, dem Rechtssatz des d. b. G. B. einen engeren Sinn beizulegen, d. h. zu bestimmen, inwiefern der Vertrag gegen die guten Sitten verstossen müsse, um darum nichtig zu sein. Und eben für die Bestimmung der Formen des Verstosses oder des formalen Verhältnisses der Verträge zur Moral erwartet Lotmar gute Dienste vom römischen Rechte, „denn hier ist an einem nicht unwichtigen Punkte bereits geleistet und durch Rechtsprechung erprobt, was für das unmoralische Geschäft des b. G. B. noch zu liefern ist: die Abgrenzung des Anwendungsgebietes, die Definition." Da nun Lotmar eine Definition des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäftes für unerlässlich, weil praktisch unentbehrlich, den Rechtssatz aber so, wie ihn das Gesetzbuch hinstellt, für zu unbestimmt hält, „so mag es sich empfehlen, bis die fehlende Bestimmung durch Theorie

und Praxis geliefert ist, vom unmoralischen Vertrag des römischen Rechtes auszugehen“ (S. 65).

Ich könnte mich diesen Ausführungen Lotmar's nicht unbedingt anschliessen. Einerseits stimmt nämlich, wie Lotmar ja selbst zugibt, der Standpunkt des römischen Rechtes, wie er denselben darlegt, mit dem mehrangeführten Rechtssatze des d. b. G. B. durchaus nicht überein; der Umfang des letzteren ist vielmehr ein viel weiterer, und die berufenen Stellen aus den Gesetzgebungsmaterialien lassen auch nicht den geringsten Zweifel darüber, dass diese Differenz eine von den Verfassern des Gesetzbuches gewollte war. Durch die unbedingte Annahme des von Lotmar vertretenen Standpunktes würden also in vielen Fällen die deutschen Richter nicht im Sinne des neuen Gesetzes handeln. Dann aber ist die Ansicht Lotmar's über den Umfang der Anfechtbarkeit von Verträgen aus dem Grunde der Unsittlichkeit auch für das römische Recht bisher durchaus nicht feststehend. Lotmar selbst bekämpft mit schwerwiegenden Gründen die einschlägigen Ausführungen Windscheid's (Pand. Bd. 2, §. 314), der die Frage vor unserem Autor am meisten vertieft hatte und theilweise zu sehr abweichenden Resultaten gelangt war. Auch die Judicatur war auf diesem Gebiete keineswegs eine einheitliche und genügt es, in dieser Beziehung nur auf einige charakteristische Fälle zu verweisen. So hat das Oberlandesgericht in Stuttgart in einem Erkenntnisse vom 3. Juli 1888 (Seuffert Archiv, Bd. 46, Nr. 178) die Nichtigkeit eines Kaufvertrages ausgesprochen, welchen der Ehemann der Klägerin ohne deren Vorwissen über eigene und errungenschaftliche

Immobilien und Pertinenzen mit seinem Bruder, dem Beklagten, abgeschlossen hatte und hierauf mit dem eincassirten Kaufpreise nach Amerika entwichen war. Die Gründe führen aus, dass, wenn der unmittelbare und nächste Zweck eines Vertrages, wodurch etwas Erlaubtes zugesagt wird, „auf etwas gerichtet ist, was derjenigen Sittlichkeit zuwiderläuft, welche in bestimmten Rechtsvorschriften auch vom Recht anerkannt ist, so muss das Recht einem solchen Geschäft auch von sich aus die Wirksamkeit versagen, vorausgesetzt nur — was um der Rechtssicherheit willen nothwendig zu fordern ist — dass dieser Zweck als unsittlicher auch dem Vertragsgegner erkennbar gewesen ist.... War aber der Beklagte Mitwisser des rechtswidrigen Vorhabens seines Bruders, so musste er sich auch sagen, dass er durch Eingehung der Kaufverträge demselben die Mittel zur Ausführung seines Planes gewähre, also die Verlassung der Klägerin ermögliche und unterstütze, somit ein dem Rechte und der Sitte widerstreitendes Geschäft abschliesse.“ In einem anderen Falle hat das Reichsgericht mit dem Erkenntnisse vom 9. December 1890 (Seuffert Archiv, Bd. 46, Nr. 179) die Klage, mit welcher der Gewinnstentgang beansprucht wurde, welchen der Kläger dadurch erlitten hat, dass der Beklagte ein dem Kläger bereits verkauftes Haus anderweit verkauft und sich dadurch in die Unmöglichkeit versetzt hat, den ersten Kaufvertrag zu erfüllen, aus dem Grunde abgewiesen, weil die Möglichkeit, den höheren Preis zu erzielen, nach des Klägers eigener Angabe lediglich darauf beruhte, dass der Verkauf zu unsittlichen Zwecken, nämlich zur Vermiethung an Pro-

stituirte hätte erfolgen können und sollen. Wenn dem Kläger — besagen die Gründe — „dieser Gewinn durch das vertragswidrige Verhalten des Beklagten entgangen ist, so entging ihm damit kein auf *honesta causa* beruhender Gewinn und er kann ihn so wenig ersetzt verlangen, als er den höheren Miethertrag ersetzt verlangen könnte, den er etwa durch Vermiethung zum Zwecke der Prostitution zu erzielen vermocht hätte.“ In einer weiteren Entscheidung vom 21. März 1894 (Seuffert Archiv, Bd. 49, Nr. 238), welche die vom Beklagten erhobene Einwendung der Ungiltigkeit einer Bürgschaftsleistung aus dem Grunde der Unsittlichkeit zurückwies, bemerkt das Reichsgericht unter Hinweis auf die früher citirte Stelle der Motive zum ersten Entwurfe des d. b. G. B., wonach Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes eintreten soll, wenn sein Inhalt unmittelbar, in objectiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjectiven Seite, die guten Sitten verletzt: „Ist auch die Ausscheidung der subjectiven Seite nicht unbedingt durchführbar, so ist doch auch der Grundsatz nicht allgemein anerkannt, dass die Verwerflichkeit der Gesinnung allein, die sich in einem Rechtsgeschäfte verrathe, an sich schon die Nichtigkeit begründe.“ Andere oberstgerichtliche Entscheidungen, namentlich die in der Begründung des letztgenannten Erkenntnisses angeführten, welchen sich das Reichsgericht in dem speciellen Falle angeschlossen hat, beruhen wieder auf abweichenden Anschauungen. Mit Rücksicht auf diese Sachlage fällt es doch sehr ins Gewicht, wenn auch Dernburg in unserer Frage für das gemeine Recht lehrt (Pand., Bd. 2, §. 16, A. 17): „Bei der Frage der Unsittlichkeit eines Geschäftes sind

die bestimmenden und offensichtlichen Motive desselben nothwendig mit in Betracht zu ziehen. Gerade sie entscheiden vorzugsweise über die Lauterkeit oder die Unsittlichkeit des Geschäftes. Doch darf dies nicht übertrieben werden, sonst wäre Vertragstreue und Rechtssicherheit gefährdet. Entferntere, bloss mögliche, vorübergehende Zwecke sind daher regelrecht nicht zu beachten. Eine feste Regel, welche die Grenze zieht, lässt sich schwerlich geben. Juristischer Takt muss uns davor schützen, in Extreme zu verfallen."

Nun hat Lotmar freilich vollkommen Recht, wenn er dieser Ausführung Ungenauigkeit der gezogenen Grenzen zum Vorwurfe macht (S. 186, A. 246). Es ist aber eben die Frage, ob sich, wie Lotmar meint, aus den römischen Anwendungen des Princips der Nichtigkeit des *pactum turpe* überhaupt, namentlich aber für das neue deutsche Gesetzbuch eine feste Regel ableiten lasse. Diese Frage scheint mir mit Rücksicht auf die Unsicherheit des gemeinen Rechtes auf unserem Gebiete, insbesondere aber im Hinblicke auf den angeführten Wortlaut des d. b. G. B. und die citirten Stellen aus den Gesetzgebungsmaterialien nicht bejaht werden zu können. Nicht bloss die bei seiner Entscheidung vom Richter zur Grundlage zu nehmenden Moralgrundsätze, das gesammte Gebiet unserer Frage macht den Eindruck der Unsicherheit. Und doch ist der Rechtssatz, dass ein gegen die guten Sitten verstossendes Rechtsgeschäft nichtig sei, gewiss von der allergrössten Tragweite, und die gegenwärtige Entwicklung unserer Rechts- und socialen Verhältnisse lässt mit Grund vermuthen, dass dieser Satz in Zukunft eine noch viel

grössere Rolle als bisher zu spielen berufen sein werde. Diese Sachlage mag es entschuldigen, wenn auch hier der Versuch gemacht werden soll, diesem schwierigen Probleme vielleicht etwas näher zu kommen. Ich kehre zu diesem Behufe zunächst zu der Entstehungsgeschichte des §. 138 d. b. G. B. zurück.

Wie bereits früher angeführt wurde, lautete der betreffende Rechtssatz im §. 106 des Entwurfes erster Lesung: „Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstösst, ist nichtig.“ In Betreff der zweiten hier namhaft gemachten Voraussetzung der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäftes bemerken die Motive (Bd. 1, S. 211): „Neben den guten Sitten ist die öffentliche Ordnung erwähnt, weil der Inhalt eines Rechtsgeschäftes nicht bloss gegen die moralischen Interessen, sondern auch gegen die allgemeinen Interessen des Staates verstossen kann und ein Verstoss gegen die letzteren nicht immer einen Verstoss gegen die ersteren enthält. Es darf in dieser Beziehung namentlich auf die mit dem Principe der Gewerbefreiheit sich in Widerspruch setzenden Verträge verwiesen werden.“

In zweiter Lesung wurde die Weglassung der Worte „oder die öffentliche Ordnung“ beschlossen. Das Protokoll berichtet über den betreffenden Beschluss: „Dagegen sei der Begriff der ‚öffentlichen Ordnung‘, möge er auch in einzelnen Theilen des Rechtes, wie im internationalen Privatrechte und im Völkerrechte, nicht entbehrt werden können, hier auszuscheiden, da dem Begriffe eine sichere Umgrenzung fehle und die gegen die öffentliche Ordnung verstossenden Rechts-

geschäfte zumeist auch als gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung gerichtete Rechtsgeschäfte anzusehen sein würden."

Die Motive zum ersten Entwurfe des d. b. G. B. beziehen sich in Betreff der in Rede stehenden Gesetzesstelle in erster Reihe auf den französischen *code civil.* In der That nimmt in diesem Gesetzbuche der Begriff *„ordre public"* neben den *„bonnes mœurs"* eine hervorragende Stellung ein. In dieser Hinsicht verfügt schon im *„titre préliminaire"* der Art. 6: *„On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs"*, und desgleichen bestimmt im Zusammenhange mit Art. 1131, *„l'obligation ..... sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet"*, der Art. 1133: *„La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public."* In Betreff dieses Begriffes, der durch „öffentliche Ordnung" nur eine sehr ungenaue und namentlich viel zu enge Uebersetzung erfahren hat, wird also zunächst in der französischen Jurisprudenz Aufklärung zu suchen sein. In dieser Hinsicht ist von grossem Interesse, was Laurent über die Entstehung dieses gesetzlichen Begriffes berichtet (*Principes de droit civil*, Bd. 1, S. 84). Die Stelle lautet: *„Le projet portait: ‚Lois qui intéressent le public.' Boulay proposa la rédaction actuelle, ‚ordre public'; elle fut adoptée sans discussion. Les jurisconsultes romains, auxquels le principe est emprunté, disent que les particuliers ne peuvent pas déroger au droit public. C'est aussi en ce sens, que Portalis explique l'art. 6. Le tribunat avait objecté que les mots*

jus publicum ne signifiaient pas ce que nous appelons droit public, mais bien les lois écrites et solennellement publiées par opposition aux simples usages et aux coutumes qui ne s'établissent pas avec la même solennité. Portalis avoue que les lois romaines présentent quelquefois ce sens. Mais quand il s'agit de savoir si les particuliers peuvent déroger aux lois, les jurisconsultes distinguent. On lit dans le digeste ‚qu'il est permis de traiter contre la teneur d'une loi qui ne touche qu'à l'utilité privée des hommes' (l. 31, D. 2, 14). *Par opposition à ces lois d'intérêt privé, ils enseignent que les particuliers ne peuvent déroger par leurs conventions à ce qui est de droit public. Ils entendent par la ce qui intéresse plus directement la société que les citoyens. C'est la maxime de tous les temps, ajoute Portalis. Le code civil entend donc par ordre public ce que les jurisconsultes romains qualifiaient de droit public, et ils comprenaient par la l'intérêt public, dans sa plus large acception. Dans son dernier exposé des motifs, Portalis s'exprime en ces termes: ‚Ce n'est que pour maintenir l'ordre public qu'il y a des gouvernements et des lois.' C'est dire que les conventions des particuliers sont subordonnées à l'intérêt social.*"

Demnach wäre also die Bedeutung der Worte „*ordre public*" am Besten durch „öffentliches Interesse" wiederzugeben. So übersetzt auch Zachariä (franz. Civilrecht, 8. Aufl., Bd. 1, S. 120, 357) und auf diesem Standpunkte befindet sich, wie die grossen Repertorien von Merlin, Sirey und Dalloz bezeugen, auch die französische Jurisprudenz. Damit und insbesondere mit den früher erwähnten Ausführungen von Portalis steht die

weitere Mittheilung Laurent's aus der Entstehungsgeschichte des *code civil* vollkommen im Einklange (*Principes de droit civil,* Bd. 1, S. 88): „*Dans son discours au corps legislatif, le tribun Faure dit que les bonnes mœurs sont une dépendance de l'ordre public. Il eût donc suffi de parler des lois qui intéressent l'ordre public; si l'on y a ajouté les bonnes mœurs, c'est pour donner à la rédaction toute la clarté possible. Tout ce qui concerne les bonnes mœurs intéresse l'ordre public; mais tout ce qui intéresse l'ordre public ne concerne pas les bonnes mœurs.*" Es ist gewiss sehr merkwürdig, dass der Begriff „öffentliche Ordnung" aus dem §. 138 des d. b. G. B. ausgeschieden wurde, weil die gegen die öffentliche Ordnung verstossenden Rechtsgeschäfte zumeist auch als gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung gerichtete Rechtsgeschäfte anzusehen sein werden, während die französischen Gesetzgeber der Ansicht sind, dass der Begriff „*bonnes mœurs*" in dem Begriffe „*ordre public*" ohnehin vollständig enthalten, seine besondere und namentliche Anführung im Gesetze eigentlich also gar nicht nöthig sei.

Es verdient an dieser Stelle hervorgehoben zu werden, dass auch das anglo-amerikanische Recht in unserer Frage die Begriffe „*morals*" oder „*good manners*" und „*public policy*" unterscheidet, freilich nicht, ohne dass ein so bedeutender Jurist, wie Frederick Pollock (*Principles of contract,* 4. Ed., S. 234, 277, 323) ausdrücklich bemerkt, dass manche Fälle ebenso gut unter den einen, wie auch unter den andern dieser Begriffe subsumirt werden können, und dass auch nach anglo-amerikanischem Rechte bei der Entscheidung über die

Invalidirung eines hieher gehörigen Vertrages die subjective Seite, nämlich die Intention der Vertragsparteien, nicht ausser Betracht bleibt.

Fasst man nun die auf unseren Gegenstand bezügliche Judicatur, wie sie von Lotmar im Abschnitt VIII seines Buches in sehr übersichtlicher Weise und in noch weiterem Umfange von Kohler in seiner Abhandlung über „Die Ideale im Recht" (Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 5, S. 161 u. ff.) dargestellt wird, ins Auge, so kann man sich in der That dem Eindruck nicht verschliessen, dass in einer grossen Zahl der angeführten Fälle auch nicht mit annähernder Sicherheit ein Urtheil darüber abzugeben ist, unter welche der beiden bezeichneten Kategorien, nämlich der guten Sitten oder des öffentlichen Interesses, ein bestimmter Fall zu subsumiren sei. Eines der bezeichnendsten Beispiele in dieser Richtung bietet der zweite Absatz des §. 138 d. b. G. B., welcher, nachdem im ersten Absatze der allgemeine Grundsatz der Nichtigkeit der gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte ausgesprochen wurde, im zweiten Absatze fortfährt: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das Jemand unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvortheile versprechen oder gewähren lässt, welche den Werth der Leistung dergestalt übersteigen, dass den Umständen nach die Vermögensvortheile in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen." Erwägt man den weiten Umfang dieser Gesetzesbestimmung und das bei den derzeitigen wirthschaftlichen Verhältnissen gewiss nicht

seltene Vorkommen der angeführten gesetzlichen Voraussetzungen, namentlich auf dem Gebiete des Arbeitsvertrages, sowie die über die sittliche Berechtigung eines solchen Vorgehens bestehenden, ganz verschiedenen Ansichten, so wird es gewiss Gegenstand der Discussion sein können, ob durch dieses Gesetz nicht vielmehr ein öffentliches Interesse, als die guten Sitten in der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes gewahrt werden wollte. Wird doch vielfach auch daran gezweifelt, ob der gewöhnliche Darlehenswucher als unsittlich bezeichnet werden könne.

Ganz dieselbe Frage entsteht in zahlreichen anderen Fällen der Nichtigerklärung sogenannter unmoralischer Verträge, und zwar namentlich in jenen Kategorien von Fällen, welche nicht bereits dem römischen Rechte bekannt waren, sondern erst in der modernen Rechtsentwicklung Gegenstand der richterlichen Judicatur geworden sind. Hieher gehören beispielsweise die eine Zolldefraudation oder einen Schmuggel gegenüber dem Auslande bezweckenden Verträge, — die zahlreichen Verträge aus dem Gebiete des Theaterrechtes, in welchen der einen Partei, dem Director, allein das unbeschränkte Rücktrittsrecht oder die ganz selbstständige Entscheidung über den Verfall von Conventionalstrafen eingeräumt wird oder andere als unerlaubt sich darstellende Verabredungen getroffen werden, — die Verzichtleistung der Arbeiter auf die Befolgung der gesetzlichen Schutzvorschriften durch den Unternehmer, — die zahlreichen Vereinbarungen mit Herausgebern oder Mitarbeitern periodischer Druckschriften, wodurch diese Personen zur Verletzung der durch ihren Beruf ihnen

obliegenden publicistischen Pflichten, sei es durch Aufnahme bestimmter Mittheilungen oder durch Stillschweigen, verpflichtet werden sollen, — ferner das *pactum de non licitando* oder der Abstandsvertrag, d. h. die Abrede, bei einer öffentlichen Versteigerung nicht mitzubieten, — der Vertrag auf Unterlassung geschäftlicher Concurrenz, namentlich die sogenannte Concurrenzclausel in den Dienstverträgen von Gewerbs- und Handlungsgehilfen, wodurch diese sich verpflichten, nach ihrem Austritte aus dem Geschäfte, sei es niemals und nirgends, sei es nicht in gewisser Zeit und Gegend ein gleiches Geschäft zu betreiben oder zu unterstützen, — endlich auch der Kauf der Stimmen von Gläubigern im Concursverfahren und Vereinbarung eines Entgelts für wahrheitsgemässe Zeugnissablegung oder für Zeugnissverweigerung. In allen den angeführten und zahlreichen anderen Fällen erhebt sich, soferne nicht einzelne Gattungen dieser Verträge in verschiedenen Gesetzgebungen und in verschiedenem Umfange ausdrücklich als verboten erklärt werden, — was vielfach der Fall ist, hier aber keinen Anlass zu weiterer Erörterung bietet, — die bereits früher gestellte Frage, und in der Mehrzahl dieser Fälle wird die allgemeine Ansicht die ausgesprochene Nichtigkeit wohl eher in einem öffentlichen Interesse, als in einer eigentlichen Unsittlichkeit der getroffenen Vereinbarung begründet erachten.

Die aufgeworfene Frage gewinnt eine abweichende Gestalt in Betreff jener Fälle, deren Bedeutung von der Gesetzgebung so hoch veranschlagt wird, dass dieselbe sich veranlasst sieht, die betreffende Kategorie von Verträgen durch einen speciellen legislativen Aus-

spruch ausdrücklich zu verbieten. Für den praktischen Erfolg ist es gleichgiltig, aus welchem Grunde ein solches Gesetz erlassen worden ist. Es liegt dann einer jener Fälle vor, in welchen ein zunächst als Moralforderung anerkanntes Postulat unter den Schutz des Rechtes gestellt wird, was man, wie Lotmar sich ausdrückt (S. 10), „Reception von Moral durch das Recht oder besser den positiven Einfluss der Moral im Rechte nennen darf.“ Unser Autor macht mit vollem Rechte darauf aufmerksam (S. 100), dass, wenn ein zu einer solchen Gruppe gehöriger Vertrag zur richterlichen Cognition gelangt, derselbe vom Richter nicht als moralwidrig und folgeweise als rechtswidrig, sondern unmittelbar als gesetzwidrig behandelt werden muss. Speciell in Betreff des wucherischen Vertrages bemerkt Lotmar an gleichem Orte, dass derselbe vom d. b. G. B. im Abs. 2 des §. 138 zwar als gegen die guten Sitten verstossend hingestellt wird, dass der Richter aber bei der Subsumtion eines Vertrages unter dieses Gesetz nicht mehr zu entscheiden hat, ob der gegebene als ausbeuterisch befundene Vertrag unmoralisch sei, da schon das Gesetz entschieden hat, dass die von ihm geschilderte Ausbeutung gegen die guten Sitten geht. „Der Richter hat nur zu entscheiden, ob die vom Gesetze bestimmte Ausbeutung und ebenso das im Gesetze gemeinte ökonomische Missverhältniss gegeben sind. Ist Beides der Fall, so ist der Vertrag ein gegen die guten Sitten verstossendes Rechtsgeschäft und ist nichtig. Das Verhältniss zur Moral, nämlich die Immoralität, hört hier insofern auf zum gesetzlichen Thatbestand zu gehören, als der Richter ihr nicht mehr nachzufragen

hat, sie ist zum gesetzgeberischen Motive geworden. Nur nach der Stelle, die der Gesetzgeber diesem Vertrage im Gesetzbuche angewiesen hat, müssen wir ihn noch als unmoralischen gelten lassen."

Den vorstehenden Ausführungen wird gewiss vollständig beigepflichtet werden müssen und für diese Fälle trifft es sicherlich zu, dass, wie Unger (öst. Privatrecht, Bd. 1, §. 68, Anm. 16) ausführt, der Fortschritt in der Erhebung des Sittengesetzes zum Rechtsgesetze in der Umkleidung der Forderungen der Sittlichkeit mit einem Rechtsschutze besteht. Bei näherer Betrachtung wird es aber sofort klar, dass auch in den zuletzt besprochenen Fällen die früher aufgeworfene Frage entsteht und ihre Lösung finden muss; nur obliegt diese Lösung jetzt nicht dem Richter für den einzelnen Rechtsfall, sondern dem Gesetzgeber für eine ganze Kategorie von Fällen. Die Stelle der richterlichen Entscheidungsgründe vertreten die Motive des Gesetzgebers. Also auch für diese Fälle ist unsere Untersuchung von Bedeutung. Bevor ich dieselbe aber fortsetze, möchte ich noch ein anderes Gebiet des negativen Einflusses der Moral auf das Recht, welches bei Lotmar nur beiläufige Erwähnung findet, in den Kreis meiner Betrachtung einbeziehen, nämlich die Frage der Beschränkung der Rechtsausübung durch die Moral, mag auch das betreffende Recht in vollkommen vorwurfsfreier Weise begründet worden sein.

Gleich in dem ersten Abschnitte seiner Ausführungen (S. 5) finden sich bei unserem Autor nachstehende, ohne Zweifel zutreffende Sätze: „Des Ferneren kann ein Vertrag bei seiner Abschliessung den guten Sitten ent-

sprechen und die Anerkennung des Rechtes finden, während hinterher seine Vollziehung der Moral widerstrebt, sie verletzt. Dass überhaupt die Ausübung eines durch Vertrag erworbenen Rechtes eine unmoralische Handlung des Berechtigten sein kann, lässt sich ohne viel Phantasie vorstellen. Man denke nur an die Abforderung des Darlehens von der bedrängten Witwe, oder an die Lohnverkürzung des armen Arbeiters, dem ein Fehler an der Arbeit passirt ist. Von Manchen wird sogar der Rechtssatz anerkannt, dass die Rechtsausübung, die dem Berechtigten keinen Vortheil bringt, nur einen Anderen benachtheiligt und benachtheiligen soll, rechtlich unstatthaft ist."

Mit diesem letzteren Rechtssatze hatte ich bereits in meiner im Jahre 1888 publicirten Abhandlung: „Die Grundsätze des heutigen Rechtes über den Ersatz von Vermögensschäden" Gelegenheit, mich des Näheren zu beschäftigen. Auf einige der dort angeführten Daten muss ich auch an dieser Stelle mich berufen.

In der Justinianeischen Gesetzsammlung finden sich mehrere Stellen, von denen es seit jeher streitig ist, ob die in denselben zum Ausdrucke gelangten Rechtsanschauungen als allgemeine Grundsätze anzusehen seien und demnach auf allgemeine Geltung Anspruch machen können, oder ob dieselben auf die in den betreffenden Gesetzen behandelten besonderen Rechtsverhältnisse zu beschränken seien. So heisst es im §. 2, J. 1, 8: *„Expedit enim reipublicae, ne sua re quis male utatur"*; in l. 38, D. 6, 1, steht das berühmte: *„Neque malitiis indulgendum est"* des Celsus; in l. 1, §. 12, D. 39, 3, lehrt Ulpian: *„Denique Marcellus scribit, cum eo, qui*

in suo fodiens, vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem: et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit"; und abgesehen von anderen Stellen, wie der bekannten, von Paulus herrührenden l. 2, §. 5, D. 39, 3, aus welcher der Satz: „*Quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id invitus compelli poteris*", abgeleitet wurde, sieht sich auch der Kaiser Justinian selbst in Nov. 63 veranlasst zu verbieten, dass Jemand bloss zum Schaden des Nachbars auf eigenem Grunde hohe Mauern aufführe und diesem dadurch die Aussicht auf das Meer entziehe und fügt ausserdem noch bei, dass er Menschen, die Solches thun, hinsichtlich ihrer Bösartigkeit den Räubern gleichstelle, welchen er mit Recht entgegenstrebe und ihnen wohlverdiente Strafen auflege.

Im älteren gemeinen Rechte huldigte nun die grosse Mehrzahl der Autoren der Ansicht, dass in den citirten Gesetzen ein allgemeiner Grundsatz zum Ausdruck gelangt sei, welcher auch in analogen Rechtsverhältnissen zur Anwendung gebracht werden müsse, und gestützt auf die Ausdrucksweise der l. 3, pr. D. 50, 10, entwickelte sich hieraus die gemeinrechtliche Lehre von der *aemulatio juris*, von welcher die Anfänge bereits in der Glosse sich finden, welche aber erst in der Zeit des *usus modernus pandectarum* zur vollen Ausbildung gelangte.

Unter den zahlreichen Schriftstellern, welche sich, wie z. B. Struvius, Mascardus, Menochius, Mevius, mit dieser Materie beschäftigen, ist wohl die ausführlichste Darstellung in einer der Dissertationen des Samuel

Strykius enthalten, die den Titel führt: „*De aemulatione juris.*“ In dem ersten Capitel dieser Dissertation sucht der genannte Schriftsteller den Begriff der unerlaubten *aemulatio* allgemein festzustellen und äussert sich darüber in nachstehender Weise: „*Omnia ad aemulationem fieri intelliguntur, quae cum injuria alterius et animo nocendi, non utilitatis vel necessitatis propriae gratia fiunt; seu quae fiunt non ut prosint mihi, sed ut alteri principaliter noceant. Quo pertinet Germanorum illa locutio*: „Er thut es ihm nur zum Possen, oder zum Verdruss, oder Vexation.“ *Seu ipse faciens nullam inde sentit utilitatem, vicinus vero damnum, vel ubi aliqua quidem, sed exigua facientis utilitas, vicini vero gravissimum damnum (quamvis si adsit ulla facientis utilitas difficilior aemulationis reddatur probatio).*“ Dieser Standpunkt hat auch im preussischen Landrechte deutlichen Ausdruck gefunden, denn dort heisst es im 1. Theil, Tit. 8, §. 27: „Niemand darf sein Eigenthum zur Kränkung oder Beschädigung Anderer missbrauchen“ — und nach §. 37 im 1. Theil, Tit. 6, haftet Derjenige, welcher unter mehreren möglichen Arten der Ausübung seines Rechtes jene Art, welche dem Anderen nachtheilig ist, in der Absicht, ihn zu beschädigen, gewählt hat, für den daraus entstandenen Schaden. Ja, der §. 516 im 2. Theil, Tit. 20, desselben Gesetzbuches, der freilich nicht mehr zu Recht besteht, bedrohte Denjenigen sogar mit öffentlicher Strafe, der unter mehreren gleich möglichen Arten oder Zeiten, sein Recht auszuüben, aus Bosheit oder Schadenfreude eine Art oder Zeit wählt, wo der Gebrauch des Rechtes einem Anderen an dessen Person oder Vermögen einen unmittelbaren

Schaden verursacht. Im österr. bürgerl. Gesetzbuche dagegen haben die betreffenden Bestimmungen seiner Grundlage, des westgalizischen Gesetzbuches, — welches im 3. Theile, §. 432, aussprach: „Wer sich seines Rechtes bedient und einen Anderen in dem Seinigen nicht absichtlich kränkt, verschuldet nichts", und ferner im 2. Theile, §. 255, den allgemeinen Grundsatz proclamirt hatte: „Das Gesetz begünstigt weder Neid, noch Schadenfreude" — keine Aufnahme gefunden und weiss uns der §. 1305 nur mehr zu sagen, dass, wer von seinem Rechte innerhalb der rechtlichen Schranken Gebrauch macht, den für einen Anderen daraus entspringenden Nachtheil nicht zu verantworten hat. Diese Streichung steht, wie aus den bezüglichen Ausführungen in Pfaff's Gutachten über die Revision des österreichischen Schadensersatzrechtes (S. 39—42) hervorgeht, wohl mit der gleichzeitig sich vollziehenden Aenderung der gemeinrechtlichen Anschauungen über die *aemulatio juris* im Zusammenhange und es ist in dieser Hinsicht gewiss sehr bezeichnend, dass Zeiller in seinem für diese Aenderung massgebenden Referate bemerkt: „Die von vielen Rechtsgelehrten aufgestellte Regel: ‚*Quod alteri prodest et nemini nocet, cuivis concedendum est*', komme auch in dem römischen Gesetzbuche nirgends vor und sie sei nur aus einer unrichtigen Gesetzesauslegung gefolgert worden." In der That ist die Theorie der *aemulatio juris* aus den gemeinrechtlichen Hand- und Lehrbüchern fast verschwunden und steigerte sich in Verbindung damit wieder die Neigung, die angeführten Stellen des *corpus juris* als Ausnahmsbestimmungen aufzufassen und deren analoge Anwendung als unzulässig

zu erklären. Ich glaube im Jahre 1888 mit Recht die Meinung ausgesprochen zu haben, dass hierin ein Zeichen jener individualistischen Rechtsauffassung zu erblicken sei, welche die neuere Jurisprudenz überhaupt auszeichnet und welche über der Ausbildung der einzelnen subjectiven Rechte oft den Zweck des objectiven Rechtes aus den Augen verliert.

Erst bei den neuesten bedeutenden Pandektisten zeigt sich wieder eine etwas abweichende Tendenz, so dass ein allgemeiner Rechtssatz, wie ihn Arndts (Pand., §. 92) in Uebereinstimmung mit Wächter ausspricht: „Die Ausübung des Rechtes ist ungehindert, wenngleich sie Anderen zum Nachtheil gereicht und dem Berechtigten selbst keinen Vortheil bringt", nicht mehr auf vollkommen unbedingte Zustimmung rechnen darf. Windscheid (Pand., Bd. 1, §. 121), Dernburg (Pand., Bd. 1, §. 41), Regelsberger (Pand., Bd. 1, §. 54) anerkennen, dass den citirten Stellen des *corpus juris* ein allgemeines Princip zu Grunde liege, wobei sie freilich über den Umfang der Anwendbarkeit und die praktische Bedeutung dieses Grundsatzes vielfach sehr begründete Bedenken äussern, deren nähere Untersuchung hier jedoch zu weit führen würde und umsomehr unterbleiben kann, als durch den §. 226 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches die ganze Frage auf eine völlig neue Grundlage gestellt worden ist. Dieser Paragraph bestimmt nämlich kurz und mit klaren Worten: „Die Ausübung eines Rechtes ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen."

Die Redactionsgeschichte dieser gesetzlichen Bestimmung ist so merkwürdig und für die in der Juris-

prudenz unserer Tage sich geltend machenden gegensätzlichen Strömungen so bezeichnend, dass es wohl angezeigt erscheint, an dieser Stelle über dieselbe Einiges mitzutheilen.

Weder im Entwurfe erster, noch in jenem zweiter Lesung des Gesetzbuches ist eine der oben angeführten ähnliche Vorschrift zu finden. Wohl aber enthalten bereits die Motive zu dem Entwurfe erster Lesung (Bd. 1, S. 274) eine hierauf sich beziehende längere Auseinandersetzung. Daselbst wird zunächst auf den im gemeinen Rechte in Betreff dieser Frage bestehenden Meinungszwiespalt und auf die früher angeführten Bestimmungen des preussischen Landrechtes, sowie darauf verwiesen, dass die neueren Gesetzeswerke von Vorschriften nach dieser Richtung absehen und beigefügt, dass der Entwurf sich diesen letzteren anschliesse. „So gerechtfertigt es erscheinen mag, dem Missbrauche eines Rechtes zur Chicane entgegenzutreten, so bedenklich wäre es andererseits, eine hierauf abzielende Vorschrift von allgemeiner Tragweite zu geben. Die Rechte sind dazu da, die Befriedigung wirklicher Bedürfnisse und die Erreichung fördernswerther Zwecke zu ermöglichen. Der Rechtsordnung fällt deshalb die Aufgabe zu, nur solche Rechte anzuerkennen, welche an sich geeignet sind, dem Wohle der menschlichen Gemeinschaft zu dienen. Wer aber ein ihm zustehendes Recht geltend macht, macht einen auch nach der Seite des Interesses anerkannten Willensinhalt geltend. Damit muss man sich begnügen. Es ist nicht räthlich, einem Streite über die Beschaffenheit des Interesses, welches der Berechtigte an der Ausübung des Rechtes hat und dessen Vor-

handensein er durch die Thatsache des Ausübens bekundet, die Thüre zu öffnen. Was damit erreicht werden sollte, würde sich nur in einer verhältnissmässig kleinen Zahl von Fällen wirklich erreichen lassen. Die Absicht, zu schaden, mag in der Handlungsweise des Berechtigten hervortreten; der Gegner wird, auch unter der Herrschaft der freien Beweiswürdigung, nur selten darzuthun vermögen, dass der Berechtigte nach der Gestaltung der thatsächlichen Verhältnisse an der Ausübung keinerlei sonstiges Interesse irgend welcher Art habe. Missliche Prozesse werden veranlasst und durch Entscheidungen erledigt, die ihrem materiellen Gehalte nach nicht selten von zweifelhaftem Werthe sind. Dazu kommt, dass das, was zur Abwehr des Missbrauches verordnet wird, zur Bestreitung rechtmässiger Ausübung, zur Rechtskränkung, missbraucht werden kann. Der Standpunkt des Entwurfes ergibt sich aus dem diesbezüglichen Schweigen. Die chicanöse Ausübung eines Rechtes unmittelbar oder mittelbar im Gesetze als zulässig zu bezeichnen, ist weder nothwendig noch räthlich; letzteres nicht, weil in einer solchen Bestimmung leicht eine Billigung dieses offenbar unsittlichen Verhaltens gefunden werden könnte."

Es konnte wohl vorausgesehen werden, dass durch diese, in ihren Voraussetzungen zu bezweifelnde, in ihren Ergebnissen schwankende Argumentation die Frage nicht als endgiltig entschieden angesehen werden würde. In der That wurde in der zweiten Lesung (Protokolle, S. 476 ff.) der Antrag gestellt, es möge eine Vorschrift nachstehenden Inhalts aufgenommen werden: „Ein Anspruch kann von Demjenigen, gegen welchen er geltend

gemacht wird, zurückgewiesen werden, wenn die Geltendmachung unter den Umständen des Falles gegen die guten Sitten verstösst"; eventuell: „....., wenn erhellt, dass die Geltendmachung für den Berechtigten kein Interesse hat, dem Gegner aber erheblichen Nachtheil bringen werde." Zur Begründung wurde angeführt: „Der Antrag bezwecke einerseits die Aufstellung eines beschränkten Chicaneverbotes, andererseits die Anerkennung der sog. *exceptio doli generalis* und suche der Rechtsprechung ein zur Berücksichtigung der *aequitas* gegenüber dem formellen Rechte dienliches Mittel an die Hand zu geben. Anlangend das Verbot chicanöser Rechtsausübung, so sei zwar mit dem subjectiven Privatrechte aueh die Befugniss zur vollen Ausübung desselben ohne Rücksicht auf etwaige, Dritten daraus erwachsende Nachtheile gegeben. Indessen verstosse die Rechtsausübung dann gegen die öffentliche Moral, wenn sie ohne eigenes Interesse des Berechtigten lediglich zur Kränkung eines Dritten erfolge. Gegen einen solchen Missbrauch des Rechtes bedürfe es eines allgemeinen Verbotes, wie solches nach richtiger Ansicht den gemeinrechtlichen Quellen zu entnehmen und im preuss. a. L. R. ausdrücklich anerkannt sei..... Was die *exceptio doli generalis* anbelange, so ergebe sich das Bedürfniss für ihre Anerkennung daraus, dass das Gesetz nicht im Stande sei, die Voraussetzungen des subjectiven Rechtes so zu normiren, dass die Geltendmachung desselben nicht doch im einzelnen Falle einen Verstoss gegen die guten Sitten enthalte..... Freilich lasse sich nicht verkennen, dass durch eine Vorschrift des vorgeschlagenen Inhalts dem Richter eine sehr weit gehende Macht-

vollkommenheit eingeräumt werde; indessen dürfe man zu der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richters das Zutrauen haben, dass er von dieser Machtvollkommenheit den rechten Gebrauch machen werde. Ohne solches Zutrauen seien auch die §§. 106 (jetzt: 138) und 705 (jetzt: 826) nicht zu rechtfertigen..... Von anderer Seite wurde der Antrag mit dem Hinweise darauf unterstützt, dass es sich empfehle, durch eine Vorschrift des vorgeschlagenen Inhalts der Neigung des Richterstandes zu einer lediglich den Buchstaben des Gesetzes zur Geltung bringenden Rechtsprechung entgegenzuwirken."

Die Commission lehnte den Hauptantrag ab, worauf der Eventualantrag zurückgezogen wurde. Für die Ablehnung waren im Wesentlichen die schon in den Motiven zum ersten Entwurfe angeführten Gründe massgebend. Gegen die Zulassung der *exceptio doli generalis* wurde namentlich geltend gemacht: „Durch dieselbe werde in höchst bedenklicher Weise an Stelle der festen Rechtsnorm das subjective Gefühl des Richters gesetzt und die Grenze zwischen Recht und Moral verwischt..... Aus dem §. 106 lasse sich für die beantragte Vorschrift kein Argument entnehmen. Es sei ein wesentlicher Unterschied, ob es sich erst darum handle, einem Thatbestande rechtliche Anerkennung zu Theil werden zu lassen oder nicht, oder ob die Ausübung einer rechtlich anerkannten Befugniss in Frage stehe." Auch ein zu §. 848 (jetzt: 903) gestellter Antrag, den Eigenthümer eines Grundstückes zum Ersatze desjenigen Schadens zu verpflichten, den er durch eine in Ausübung seines Eigenthums vorgenommene,

aber gegen die guten Sitten verstossende Handlung einem Anderen vorsätzlich zufüge, wurde aus ähnlichen Gründen abgelehnt.

Dennoch enthielt der dritte, aus dem Bundesrathe hervorgegangene und im Reichstage eingebrachte Entwurf des Gesetzbuches im §. 887 die Bestimmung: „Eine Ausübung des Eigenthums, die nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, ist unzulässig." Die diesem dritten Entwurfe beigefügte Denkschrift enthält meines Wissens keine besondere Motivirung dieser neuen Bestimmung, doch dürften für dieselbe wohl die früher angeführten Normen des preuss. a. L. R. vorbildlich gewesen sein. In der Reichstagscommission wurde nun der Antrag gestellt (Bericht, S. 32), diese letztere Bestimmung durch den gegenwärtigen §. 226 zu ersetzen und zur Begründung nur angeführt, „der Antrag wolle lediglich, was hier anerkannt sei, zum allgemeinen Princip erheben, was, da es sich um eine Frage von allgemeiner, nicht auf ein bestimmtes Rechtsgebiet beschränkter Bedeutung handle, keinem Bedenken unterliegen könne, auch der gemeinrechtlichen Theorie entspreche. Dagegen führten die Regierungsvertreter und einige Commissionsmitglieder aus: „Was der §. 887 für das Eigenthum bestimme, sei unzweifelhaft analog auf die übrigen dinglichen Rechte auszudehnen. Die Aufstellung des gleichen Grundsatzes für das Obligationenrecht aber sei eher geeignet, die Chicane zu vermehren, als sie zu verhindern. Kaum jemals werde von Jemandem, der die Erfüllung einer vermögensrechtlichen Verpflichtung fordere, mit Recht gesagt werden können, dass seine Rechtsausübung keinen anderen Zweck haben

könne, als einem Anderen Schaden zuzufügen. Gleichwohl werde der Schuldner, von dem zu unbequemer Zeit oder unter erschwerenden Umständen die Erfüllung seiner Verbindlichkeit verlangt werde, sehr häufig geneigt sein, lediglich Chicane vorauszusetzen, und dem böswilligen Schuldner sei ein stets bereites Mittel zur Verzögerung des Processes in die Hand gegeben.“ Von anderer Seite wurden diese praktischen Bedenken indessen nicht getheilt, der Antrag wurde in der Commission, wenn auch nur mit geringer Majorität, angenommen und die Bestimmung im Plenum des Reichstages nicht weiter bekämpft.

Ausser auf den §. 226 und dessen merkwürdige Entstehungsgeschichte, die wohl für sich allein den Beweis liefern würde, dass das deutsche bürgerliche Gesetzbuch in einer Uebergangsperiode juristischen Denkens entstanden sei, muss an dieser Stelle auch noch des §. 826 gedacht werden, welcher erst im Laufe der reichstäglichen Berathung durch eine an demselben vorgenommene Aenderung für unser Gebiet unmittelbare Bedeutung gewonnen hat. Noch im dritten Entwurfe hatte nämlich der entsprechende §. 810 gelautet: „Wer durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt, in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.“ Wie der Bericht der Reichstagscommission (S. 58) mittheilt, beschloss die Commission nach kurzer Discussion einhellig, die Worte: „durch eine Handlung, die er nicht in Ausübung eines ihm zustehenden Rechtes vornimmt“, zu

streichen. „Bestimmend war, dass es nicht gebilligt werden kann, wenn Jemand, selbst in der Ausübung eines formalen Rechtes, einem Anderen vorsätzlich in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise Schaden zufügt.“ Der §. 826 lautet daher jetzt ganz klar und einfach: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet“, und unterstellt damit die Rechtsausübung einer sehr weitgehenden richterlichen Ueberprüfung vom Standpunkte der guten Sitten. Dabei kann die sehr interessante, rein juristische Frage des Verhältnisses der beiden angeführten gesetzlichen Bestimmungen zu einander, welche mit Rücksicht darauf, dass in der ersten die Unzulässigkeit einer gewissen Rechtsausübung ausgesprochen, in der zweiten aber durch die Rechtsausübung nur eine Schadensersatzpflicht begründet wird, noch schwieriger wird, für unsere Untersuchung als nicht entscheidend ausser Betracht bleiben.

Selbstverständlich erhebt sich hier, wo es sich um die sittenwidrige Rechtsausübung handelt, dieselbe Frage, welche uns schon bei der Erörterung des sittenwidrigen Rechtserwerbs beschäftigt hat, nämlich die Frage nach dem eigentlichen Inhalte dieses Begriffes der „guten Sitten“, welche einen so tiefgehenden Einfluss auf das Rechtsleben zu nehmen berufen sein sollen, so dass ihre Verletzung auch gelegentlich der Rechtsausübung den Berechtigten der Gefahr möglicherweise sehr empfindlicher Schadensersatzverpflichtungen aussetzt, und andererseits der Gesetzgeber mit Rücksicht auf dieselben sich veranlasst sieht, jede Rechtsausübung,

welche nur den Zweck haben kann, einem Anderen Schaden zuzufügen, von vornherein für unzulässig zu erklären.

Dass durch die Gesetzgebung, wie dies in Betreff des Rechtserwerbs bereits früher hervorgehoben wurde, auch in Betreff der Rechtsausübung aus Gründen der Sittlichkeit oder des öffentlichen Interesses die mannigfaltigsten und zum Theile weitgehendsten Beschränkungen festgesetzt werden, ist eine ganz allgemein bekannte Thatsache. In allen Civilgesetzgebungen finden sich Vorschriften zu dem Zwecke, um den unsittlichen Gebrauch von Familienrechten zu verhindern. Solche Bestimmungen enthält beispielsweise das d. b. G. B. in den §§. 1353, 1354, 1357, 1358, 1666, durch welche die Ehegattin und bezw. die Kinder gegen den Missbrauch der eheherrlichen, bezw. väterlichen Rechte geschützt werden sollen. So wie die römische Kaiserzeit ihre gesetzlichen Verbote gegen unmenschliche Behandlung der Sklaven hatte, so haben wir unsere Gesetze gegen Thierquälerei und es genügt in dieser letzteren Hinsicht die blosse Namhaftmachung der Vivisectionsfrage, um darzuthun, wie lebhaft eine solche Beschränkung der Rechtsausübung die öffentliche Meinung zu beschäftigen im Stande ist. Die Anzahl der Beschränkungen in der Ausübung des Eigenthumsrechtes, insbesondere in Betreff unbeweglicher Güter, aus Gründen des allgemeinen Besten ist bekanntlich Legion. Nur zur Charakterisirung der Zahl und des Umfanges solcher Beschränkungen mag an die Vorschriften über die Ausübung des Eigenthumsrechtes an Wäldern und Bergwerken erinnert werden. Reicht ja doch

dieselbe Erwägung selbst zur völligen Entziehung des Eigenthumsrechtes durch Enteignung hin. Wie weitgehende allgemeine Grundsätze in dieser Richtung von der Gesetzgebung aufgestellt wurden, mag ein Beispiel aus dem preuss. a. L. R. zeigen, welches im 7. Titel des 2. Theiles vorschreibt: „§. 8. Ein jeder Landmann ist die Cultur seines Grundstückes, auch zur Unterstützung der gemeinen Nothdurft, wirthschaftlich zu betreiben schuldig. §. 9. Er kann also dazu von dem Staate auch durch Zwangsmittel genöthigt, und bei beharrlicher Vernachlässigung, sein Grundstück an einen Anderen zu überlassen, angehalten werden.“ In dieselbe Kategorie von Gesetzen gehören auch die verschiedenen nachbarrechtlichen Vorschriften, welche dem Eigenthümer einer unbeweglichen Sache in der Ausübung seines Eigenthumsrechtes Beschränkungen im gemeinsamen Interesse sämmtlicher Nachbarn auferlegen.

Aber auch dem Gebiete des Obligationenrechtes ist der Gedanke gesetzlicher Beschränkungen der Rechtsausübung aus den angegebenen Gründen durchaus nicht fremd. Ich habe hiebei zunächst nicht Mieth- oder Pachtverhältnisse an unbeweglichen Gütern im Auge, da diese im Verhältnisse zwischen Bestandgeber und Bestandnehmer den Keim zu ähnlichen Streitigkeiten wie nachbarliche Verhältnisse in sich tragen und die Tendenz der Parteien ihre vertragsmässigen Rechte nur zum Schaden des anderen Vertragstheiles, namentlich bei Beendigung des Vertragsverhältnisses, auszuüben, bekanntlich durchaus nichts Seltenes ist. Es kennt jedoch auch das eigentliche Schuldrecht solche Beschränkungen. Ich erinnere in dieser Beziehung an das gemeinrechtliche

beneficium competentiae, welches im ersten Entwurfe des d. b. G. B. zwar vollständig eliminirt worden war, weil es, wie die Motive (Bd. 2, S. 298) besagen, eine Rechtsinstitution sei, welche „in der Praxis zu grossen Weitläufigkeiten und Verwicklungen führe, mit den allgemeinen Grundsätzen sich wenig vertrage, auch bei der Milde der Vorschriften über die Zwangsvollstreckung ihre Berechtigung verloren habe", — im weiteren Laufe der Berathung aber doch für zwei besondere Fälle (§§. 519, 829) wieder aufgenommen wurde, und dessen allgemeine Einführung, also „nothwendige Belassung eines Minimalbetrages seines Vermögens für Jedermann" in neuerer Zeit von sehr verschiedenen Seiten, zuletzt mit gewichtigen Gründen, von Stammler (Recht der Schuldverhältnisse, S. 26) befürwortet wird. Hieher gehören ferner die soeben erwähnten mannigfachen und stets sich mehrenden Executionsbeschränkungen der modernen Gesetzgebungen, die namentlich bewegliche Sachen, Gehälter und andere Arbeitseinkünfte zum Gegenstande haben, und deren Erweiterung und bessere gesetzliche Formulirung einen regelmässigen Verhandlungsgegenstand der gesetzgebenden Factoren bildet. Hieher gehören aber auch jene allgemeineren Bestimmungen, welche, wie §. 708 der deutschen Civilprocessordnung für die Execution in das bewegliche Vermögen, oder wie §. 39, Z. 8 der österreichischen Executionsordnung für jede Art der Execution den Grundsatz aussprechen, dass die Execution zu unterbleiben habe, wenn sich nicht erwarten lässt, dass ihre Durchführung einen die Kosten der Execution übersteigenden Ertrag ergeben werde. Noch weiter geht in dieser Richtung der §. 812

der deutschen Civilprocessordnung in ihrer neuesten Gestaltung, welcher lautet: „Gegenstände, welche zum gewöhnlichen Hausrathe gehören und im Haushalte des Schuldners gebraucht werden, sollen nicht gepfändet werden, wenn ohne Weiteres ersichtlich ist, dass durch deren Verwerthung nur ein Erlös erzielt werden würde, welcher zu dem Werthe ausser allem Verhältnisse steht.“ Die Begründung weist darauf hin, dass, „wo eine solche Sachlage von vornherein offensichtlich ist, das Vollstreckungsverfahren nur eine zwecklose Verschleuderung der Gegenstände zur Folge hat, durch welche die Lage des Gläubigers nur wenig gebessert, die Lage des Schuldners aber schwer geschädigt wird. Den hieraus erwachsenden wirthschaftlichen und socialpolitischen Gefahren muss die Gesetzgebung insoweit entgegenzutreten suchen, als es die Gerechtigkeit gegen den Gläubiger irgend gestattet.“ Endlich ist an dieser Stelle zu erinnern an die gemeinrechtlichen Moratorien, welche freilich in die Gesetzgebung unserer Zeit keine Aufnahme gefunden haben, und ferner an die Institution des Zwangsvergleiches in den modernen Concursgesetzgebungen, durch welche unter bestimmten Voraussetzungen der Gläubiger gegen seinen Willen nicht bloss in der Ausübung seines Forderungsrechtes beschränkt, sondern eines Theiles desselben geradezu verlustig wird.

Versucht man nun, an der Hand der in den vorstehenden Ausführungen nur in den äussersten Umrissen angedeuteten Erscheinungen des modernen Rechtslebens, deren eingehende Darstellung für sich allein den Gegenstand eines ausgedehnten Werkes bilden könnte, einen Ueberblick nach der Richtung hin zu gewinnen, was

denn eigentlich der gemeinsame Ausgangspunkt der anscheinend so verschiedenen Ideen und Tendenzen sei, welche auf den in Rede stehenden Gebieten der Gesetzgebung und Rechtsprechung in die Erscheinung treten und nach Geltung ringen, so drängt sich wohl in erster Linie die Richtigkeit der Bemerkung auf, welche schon Ludwig Knapp in seinem System der Rechtsphilosophie (S. 227) gemacht hat, dass nämlich, indem das Gesetz die Handlungen, welche den guten Sitten widersprechen, von den Vertragsgegenständen ausschliesst, es sich mit diesen einfachen Worten auf ein Regelsystem beruft, das verwickelter ist, als das ganze Gesetzbuch. Gerade deshalb ist aber auch wenig damit gewonnen, wenn man sich darauf beruft, es sei die Moral, oder die Sittlichkeit, oder die öffentliche Ordnung, oder ein öffentliches Interesse, welches auf diesen Gebieten dem Erwerbe oder der Ausübung eines Rechtes Schranken setze, denn abgesehen davon, dass über das Wesen und den Umfang aller dieser Begriffe die allergrössten Meinungsverschiedenheiten bestehen, so würde das Ausgehen von einem dieser verschiedenen Begriffe kaum dazu beitragen, über die Vorgänge, welche sich vor unseren Augen vollziehen, ein objectives Urtheil zu gewinnen. Man müsste vielmehr befürchten, dass bei solchem Vorgehen der von vornherein gewählte Ausgangspunkt für das Ergebniss der Beurtheilung der den Gegenstand unserer Untersuchung bildenden Erscheinungen des Rechtslebens massgebend werden könnte, anstatt dass, wie es der Natur der Sache entspricht, dieser allgemeine Begriff erst das Schlussresultat der zu pflegenden Untersuchung bilden kann.

Das neue deutsche Gesetzbuch gibt natürlich darüber, was es unter den „guten Sitten“ verstanden wissen will, keine nähere Auskunft; es überlässt die Anwendung dieses Begriffes auf den einzelnen Fall dem freien Ermessen des Richters. Schon die Motive zum ersten Entwurfe (Bd. 1, S. 211) bemerken, wie bereits früher erwähnt wurde, zu dem gegenwärtigen §. 138: „Die Vorschrift stellt sich als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar, der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher grossen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Fehlgriffe sind nicht ausgeschlossen. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes darf indessen unbedenklich darauf vertraut werden, dass die Vorschrift im Ganzen und Grossen nur in dem Sinne angewendet werden wird, in dem sie gegeben ist.“ Aber auch in dieser letzteren Richtung geben die Gesetzgebungsmaterialien mit Rücksicht auf deren früher dargestellten, hierauf bezüglichen Inhalt dem Richter keinen verlässlichen Anhaltspunkt. Nur das verdient noch hervorgehoben zu werden, dass in zweiter Lesung laut der Protokolle (S. 258) ein Antrag gestellt wurde, in dem in Rede stehenden Paragraphe statt der Worte „gegen die guten Sitten“ zu setzen „gegen die Sittlichkeit“, und dass dieser Antrag abgelehnt wurde, denn der Ausdruck „gegen die guten Sitten“ „sichere gegenüber der beantragten Ersetzung dieses Ausdruckes durch die Worte „gegen die Sittlichkeit“ der Vorschrift einen umfassenderen Geltungsbereich und enthalte den richtigen objectiven Massstab für die Handhabung des Gesetzes.“

Aus dieser Begründung ergibt sich zweierlei. Einmal, dass man dem Begriffe „gute Sitten“ zum mindesten in manchen Richtungen einen weiteren Umfang zuschrieb, als dem Begriffe „Sittlichkeit“, und ferner, dass man die Absicht hatte, durch das Wort „gute Sitten“ dem Richter einen objectiven Massstab an die Hand zu geben, ihn also auf die Anwendung thatsächlich bereits anerkannter und in der Volksüberzeugung bestehender Regeln zu beschränken. Lotmar ist daher in vollem Rechte, wenn er den Grundsatz aufstellt (S. 95), dass der Richter nicht vergangene, oder künftige, oder bloss theoretische Moral zum Massstab zu nehmen hat, sondern die in seiner Zeit als Moral anerkannte und geübte, und zwar in seinem Lande, in seinem Volke anerkannte und geübte. Gewiss ist es auch zutreffend, wenn er als Beispiel hiefür anführt, dass ein Richter, der als ein Anhänger Friedrich Nietzsche's, in der herrschenden Moral eine Sklavenmoral, eine Heerdenthiermoral erblickt, und auf die Umwerthung der moralischen Werthe bedacht ist, nicht berechtigt wäre, diese Art von Moral seiner Rechtsprechung zu Grunde zu legen.

Viel schwieriger als diese ist aber die erste der durch die erwähnte Begründung angeregten Fragen, inwiefern nämlich durch die Aufnahme des Begriffes „gute Sitten“ anstatt „Sittlichkeit“ dem Gesetze ein umfassenderer Geltungsbereich gesichert werde.

In dieser Hinsicht darf wohl zunächst auf den bereits früher angeführten Umstand verwiesen werden, dass in zweiter Lesung die Weglassung der Worte „oder die öffentliche Ordnung“ aus dem §. 138 bebeschlossen wurde, unter Hinweis darauf, dass die gegen

die öffentliche Ordnung verstossenden zumeist auch als gegen die Rechts- oder Sittlichkeitsordnung gerichtete Rechtsgeschäfte anzusehen sein werden. Diese Begründung, welche im Hinblick auf die bereits oben erwähnten entsprechenden Bestimmungen des französischen Rechtes aufgenommen wurde, sowie die dem Gesetzgeber bekannte, früher charakterisirte Entwicklung der Rechtsprechung auf diesem Gebiete lassen deutlich erkennen, dass dem Begriffe „gute Sitten" im deutschen Gesetzbuche in der That ein weiterer Umfang zukomme, als den Worten „Sittlichkeit" oder „Moral" im gewöhnlichen Sprachgebrauche beigelegt zu werden pflegt, und dass namentlich unter den Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden in der Hauptsache auch dasjenige subsumirt werden wollte, was im französischen und englischen Rechte als gegen die Begriffe *„ordre public"* und *„public policy"* verstossend angesehen wird.

Es kann nicht die Aufgabe der gegenwärtigen Untersuchung sein, und würde für ein brauchbares Ergebniss derselben auch kaum irgend etwas beitragen, nunmehr die verschiedenen Theorien über die Grundlage des Sittlichen einer Erörterung zu unterziehen. Eine solche dem Gebiete der Ethik angehörige Untersuchung wäre für unsere Zwecke ohne Nutzen. Für uns handelt es sich darum, aus dem thatsächlichen Materiale, das uns Gesetzgebung und Judicatur bieten, einen begründeten Schluss auf den Gang der Rechtsentwicklung und die in derselben sich verkörpernden Ideen zu ziehen.

Gerade in dieser Hinsicht möchte ich aber zunächst mich auf eine Ansicht berufen, zu welcher einer der Grössten unseres Faches, Ihering, in dem leider

unvollständig gebliebenen Werke gelangt ist, in welchem er den Versuch macht, die tiefsten Grundlagen des Rechtes ganz selbstständig und nur auf die thatsächlichen Ergebnisse des Rechtsbildungsprocesses gestützt, zu erforschen. Im „Zweck im Recht“ (Bd. 2, S. 195) sagt Ihering nämlich: „Das Sittliche ist nichts als der Egoismus in höherer Form: der Egoismus der Gesellschaft. Derselbe Trieb der Selbsterhaltung, der auf der Stufe des individuellen Daseins die Gestalt des Egoismus annimmt, tauscht dafür auf der gesellschaftlichen die Form des Sittlichen ein. Nur der Name, mit dem die Sprache diese höhere Form desselben belegt, wird ein anderer, die Sache bleibt dieselbe. Den Namen gebraucht sie nur für die Mittelregion des individuellen menschlichen Daseins; was unter dieser Region liegt: die Sprache des thierischen, und was über derselben liegt: die des gesellschaftlichen Daseins, wird von ihr mit diesem Namen nicht belegt; Egoismus wird nur von demjenigen Wesen gebraucht, welches das Wort „ich“ aussprechen kann, das kann aber weder das Thier, noch die Gesellschaft.“ Schon vorher (a. a. O. S. 158) weist Ihering als „Motto für die gesellschaftliche Theorie“ auf den Ausspruch von Leibniz hin: „*Omne honestum publice i. e. generi humano et mundo utile, omne turpe damnosum.*“

Ich bezweifle nun sehr, ob die von Ihering vorstehend gegebene Definition unserem Begriffe des Sittlichen entspricht, geschweige denn denselben erschöpft. Aber diese Frage ist für uns gleichgiltig und kann ausser Acht gelassen werden. Dagegen ist meines Erachtens der Hinweis Ihering's auf jene Erscheinung,

die er als „Egoismus der Gesellschaft“ bezeichnet, ein vollkommen zutreffender und ich glaube behaupten zu dürfen, dass jene rechtsbildenden Gedanken, welche in der gegenwärtigen Periode unter den verschiedenen Bezeichnungen der „guten Sitten“, der „*bonnes mœurs*“, des „*ordre public*“ ihren Einzug auf dem Gebiete des Civilrechtes halten, zum weitaus grössten Theile diesem Egoismus der gesellschaftlichen Verbände entspringen, welchen die Menschen in ihren mannigfaltigen Organisationen angehören.

Die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht ergibt sich, wie mir scheint, in unzweifelhafter Klarheit unmittelbar aus der Beobachtung des früher dargestellten Entwicklungsganges der Gesetzgebung und Judicatur.

Welchen Erwägungen verdanken zunächst die dem wucherischen Rechtsgeschäfte entgegentretenden gesetzlichen Bestimmungen ihre Entstehung? Im §. 138 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches wird das wucherische Rechtsgeschäft ausdrücklich als gegen die guten Sitten verstossend erklärt und in der That wird hie und da — freilich erst in neuerer Zeit — auch von massgebenden juristischen Schriftstellern, z. B. von Dernburg (Preussisches Privatrecht, Bd. 2, §. 36) und Goldschmidt (System des Handelsrechtes, §. 87) die Ansicht vertreten, das wucherische Geschäft sei auch ohne Rücksicht auf die Bestimmungen specieller Wuchergesetze nach den allgemeinen Vorschriften des Civilrechtes als *contra bonos mores* ungiltig. Dieser Standpunkt hat aber vor Erlassung der neuen Wuchergesetze in der deutschen und österreichischen Judicatur bekanntlich kaum irgend welche Vertretung gefunden. Erst

durch die Erlassung der erwähnten Gesetze hat sich das geändert und doch hat sich in der Beurtheilung des sittlichen Werthes des wucherischen Geschäftes in dem genannten Zeitpunkte sicherlich kein plötzlicher Umschwung vollzogen. Wohl aber kam man durch die praktischen Erfahrungen der letzten Jahrzehnte und namentlich während des Zeitraumes der Aufhebung aller Zinsbeschränkungen zu der Ueberzeugung, dass das wucherische Geschäft gemeingefährlich sei. In den Materialien der betreffenden Specialgesetze werden überall mit lebhaften Farben die Nachtheile geschildert, welche das Ueberhandnehmen des Wuchers — namentlich seit der Aufhebung der Zinstaxen — auf wirthschaftlichem Gebiete für zahlreiche Classen von Staatsbürgern mit sich gebracht habe; es wird Schutz der wirthschaftlich Schwächeren vor gewinnsüchtiger Ausbeutung zufälliger Nothstände und vor dem Ruin gefordert; es wird mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass der Wucher nicht nur die wirthschaftliche Existenz einzelner Personen, sondern die gesammten wirthschaftlichen Grundlagen des Staates und die öffentliche Wohlfahrt bedrohe. Unter dem Drucke der praktischen Erfahrungen ist es der staatlichen Gesellschaft zum Bewusstsein gelangt, dass ihre Wohlfahrt in erster Linie von den wirthschaftlichen Verhältnissen ihrer Mitglieder abhänge, dass die Erhaltung und wirthschaftliche Förderung der Mittelstände eine ihrer allerersten Sorgen sei und der Egoismus der staatlichen Gesellschaft hat nicht gezögert, diesem Bewusstsein Rechnung tragend, in der ihm geeignet scheinenden Weise durch gesetzliche Massregeln der drohenden Gefahr entgegenzutreten.

An dieser Stelle ist übrigens auch noch neuerlich darauf hinzuweisen, wie der Begriff des wucherischen Rechtsgeschäftes speciell in der neuen deutschen Gesetzgebung zu immer grösserer Ausdehnung gelangt ist. Im Reichsgesetze vom 24. Mai 1880 im Wesentlichen noch auf das altgewohnte Gebiet des Wuchers, auf das Darlehen beschränkt, hat die Novelle vom 19. Juni 1893 diesen Begriff auf das gesammte Gebiet der Rechtsgeschäfte insofern ausgedehnt, als auch Jedermann, der mit Bezug auf ein anderes, als ein Creditgewährungs- oder Verlängerungsgeschäft, gewerbs- oder gewohnheitsmässig unter Ausbeutung der Nothlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten Vermögensvortheile versprechen oder gewähren lässt, welche den Werth der Leistung dergestalt überschreiten, dass nach den Umständen des Falles die Vermögensvortheile in auffälligem Missverhältniss zu der Leistung stehen, mit Strafe bedroht wird, und der §. 138 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches hat jetzt den letzten Schritt gethan, indem er jedes einzelne solche Rechtsgeschäft, ohne Rücksicht auf den gewerbs- oder gewohnheitsmässigen Abschluss derselben, als ungiltig erklärt hat, wobei die Regierungsvertreter in der Commissionsberathung diese Bestimmung für selbstverständlich erklärten, da Handlungen, welche, wenn auch nur im Falle gewohnheitsmässiger Vornahme, für strafbar erklärt seien, als unsittliche Handlungen behandelt werden müssen. Die ganze ungeheure Entwicklung, deren vorläufigen Endpunkt diese Gesetzesbestimmung bildet, wird klar, wenn man sich des Standpunktes erinnert, den das Naturrecht, auf diesem, sowie auf so

vielen anderen Gebieten im schroffsten Gegensatze zu der mittelalterlichen scholastischen Rechtsanschauung, in dieser Frage eingenommen hat, wie beispielsweise schon Hugo Grotius, auf die bekannten das „*naturaliter licere contrahentibus se circumvenire*“ sanctionirenden Pandektenstellen verweisend, bemerkt (*De jure belli et pacis* II, 12, §. 26): „*Hoc enim est, quod ait Pomponius, in pretio venditionis et emtionis naturaliter licere se mutuo circumvenire; ubi licere non quidem fas esse, sed ita permitti, ut nullum contra proditum sit remedium in eum, qui se pacto velit defendere*“, und sein Commentator, Heinrich von Cocceji beifügt: „*Haec circumventio, qua alter majus pretium petit, ac res valet, et in quam alter consentit, jure naturae omnino licita est, quia partes de suo jure disponunt.*“ Hier wird also zugestanden, dass die bezeichneten Vorgänge vom moralischen Standpunkte nicht gebilligt werden können, aber die naturrechtliche Theorie hält sie für erlaubt und gewährt dem Beschädigten aus principiellen Erwägungen keine Hilfe.

Den früher angeführten ganz ähnliche Erwägungen sind es, welche zu den in der neueren Rechtsentwicklung so zahlreichen und mannigfachen Executionsbeschränkungen — zu welchen auch die in den angloamerikanischen und in manchen osteuropäischen Staaten vorkommenden Heimstättengesetzgebungen gehören — sowie zu der Institution des Zwangsausgleiches geführt haben. Der Staat beschränkt den Gläubiger in der Ausübung seines ihm rechtskräftig zuerkannten Forderungsrechtes, ja erklärt ihn sogar dieses Rechtes für theilweise verlustig, weil die Gesammtheit im Hin-

blicke auf ihre eigene Wohlfahrt ein lebhaftes Interesse daran hat, dass die wirthschaftliche Existenz einzelner ihrer Mitglieder nicht vernichtet werde. In diesem Interesse der Gesammtheit, dem Egoismus der staatlichen Gesellschaft liegt auch der Grund für die grosse Mehrzahl der früher erwähnten Beschränkungen in der Ausübung des Eigenthumsrechtes, und es entspricht vollkommen diesem Standpunkte, wenn dem Eigenthümer zur Förderung dieses Gesammtinteresses nicht bloss eigentliche Beschränkungen in der Rechtsausübung, sondern vielfach auch positive Pflichten auferlegt werden, ja unter Umständen gegen entsprechende Schadloshaltung sein Eigenthum auch vollständig entzogen wird.

Derselbe Egoismus der staatlichen Gesellschaft, nämlich die Fürsorge für die körperliche Integrität und Gesundheit ihrer Mitglieder hat beispielsweise auch auf dem Gebiete der Arbeiterschutzgesetzgebung zu den mannigfachsten Vorschriften den Anlass gegeben und ist in dieser Richtung gewiss charakteristisch, dass der Verzicht des Arbeiters auf die Befolgung der gesetzlichen Schutzvorschriften durch den Unternehmer — wie Lotmar unter Berufung auf ein von Löwenfeld citirtes Erkenntniss des deutschen Reichsgerichtes vom 5. December 1882 hervorhebt (S. 70) — früher als ein gegen die guten Sitten verstossender und darum ungiltiger Erlassvertrag betrachtet wurde, während jetzt das deutsche bürgerliche Gesetzbuch im §. 619 solche Erlassverträge ohne Weiteres als nach dem Gesetze unzulässig erklärt.

Neben der soeben charakterisirten ist es eine zweite Gedankenreihe, welche in der neueren Judicatur und Gesetzgebung unter dem Schilde der „guten Sitten“,

beziehungsweise des „*ordre public*“ sich vorzugsweise geltend macht. Es ist das Bestreben, auf den wirthschaftlichen Concurrenzkampf einen gewissen Einfluss zu gewinnen — einerseits dafür zu sorgen, dass derselbe auf jenen Gebieten, auf denen man sich von demselben wohlthätige Wirkungen für das Gedeihen der Gesammtheit erwartet, nicht von vorneherein ausgeschlossen werde, andererseits wieder zu bewirken, dass in diesem Kampfe gewisse, besonders verderbliche oder verwerfliche Mittel nicht zur Anwendung gebracht werden und unter allen Umständen dahin zu wirken, dass dem Individuum in diesem Kampfe ein gewisses Mass von freier Bewegung bewahrt werde.

Ich habe bereits an anderer Stelle (Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation, Wien 1897, S. 146) darauf hingewiesen, dass dem Grundsatze der Vertragsfreiheit seiner Natur nach die Tendenz innewohnt, sich selbst aufzuheben, also in gewissem Sinne eine selbstmörderische Tendenz. „Kraft dieses Grundsatzes ist jede handlungsfähige Person zum Abschluss beliebiger Verträge berechtigt; jeder Vertrag aber erzeugt Gebundenheit und schliesst dadurch auf seinem Gebiete und für seine Dauer die Vertragsfreiheit wieder aus.“ Gesetzgebung und Judicatur sind nun, wie ich an demselben Orte zu zeigen versucht habe, unter Berufung auf die „guten Sitten“, beziehungsweise auf den „*ordre public*“ bestrebt, der Vertragsfreiheit in der angedeuteten Richtung gewisse Schranken zu ziehen. Geschähe das nicht, so könnte man in der That zum grössten Nachtheile für die Gesammtheit wieder zu einer Art von Sklaverei auf vertragsmässiger Grundlage gelangen.

Hieraus erklärt sich beispielsweise die Stellungnahme der Judicatur in den verschiedenen Staaten in Betreff der Concurrenzclauseln, aus deren Inhalt Kohler den Rechtssatz formulirt hat: „Ein vertragsmässig vereinbartes, weder zeitlich noch örtlich beschränktes Verbot einer wirthschaftlichen Thätigkeitsform ist nichtig; ein zeitlich oder örtlich beschränktes Verbot ist giltig, sobald die Zeitdauer keine übermässige ist, oder der örtliche Umfang sich nicht über sämmtliche Culturstaaten erstreckt, in denen die betreffende Thätigkeit sich fruchtbar entfalten kann.“ Hieher gehören ferner die Vorschriften der Civilgesetze über die Untersagung zeitlich unbeschränkter Gesellschafts-, Dienst- und Arbeitsverträge, die Bestimmungen über das Verbot des *pactum de non licitando,* die Vorschriften der Coalitionsgesetze über die civilrechtliche Unwirksamkeit der eine Lohnerhöhung oder Lohnverringerung bezweckenden Verabredungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern unter einander. Hieher gehört auch die Norm der Art. 74 u. 76 des neuen deutschen Handelsgesetzbuches, wonach eine Vereinbarung zwischen dem Principal und einem Handlungsgehülfen oder Handlungslehrling, durch welche dieser für die Zeit nach der Beendigung des Dienstbeziehungsweise Lehrverhältnisses in seiner gewerblichen Thätigkeit beschränkt wird, für den Handlungsgehülfen beziehungsweise Lehrling nur insoweit verbindlich ist, als die Beschränkung nach Zeit, Ort und Gegenstand nicht die Grenzen überschreitet, durch welche eine unbillige Erschwerung des Fortkommens ausgeschlossen wird und wonach eine solche Beschränkung keinesfalls auf einen Zeitraum von mehr als drei Jahren

von der Beendigung des Dienst- oder Lehrverhältnisses an erstreckt werden kann. Zum Theil hieher, zum Theil unter den früher erörterten Gesichtspunkt fallen die zahlreichen, von der neueren Wissenschaft als gegen die guten Sitten verstossend erachteten, von Lotmar (S. 76) gleichfalls erwähnten Verträge des Theaterrechtes, „so die Abrede, die ausschliesslich dem Director den Entscheid über die Verwirkung einer Conventionalstrafe anheimstellt, oder demselben die Sistirung der Gagenzahlung für die Dauer des Processes gestattet, den der Schauspieler aus dem Engagement erhoben hat, oder dem Director allein, nicht auch der Gegenpartei, die Rücktrittsfreiheit einräumt."

Das Bestreben, die Anwendung besonders verwerflicher Mittel im Concurrenzkampfe hintanzuhalten, hat ferner zu der Bildung des sowohl die Gesetzgebung, als die Judicatur vielfach beschäftigenden Rechtsbegriffes der *concurrence déloyale* den Anlass gegeben. Es kann nicht die Aufgabe der gegenwärtigen Ausführungen sein, diese namentlich auf dem Gebiete des französischen Rechts zu eingehender und sehr casuistischer Ausbildung gelangte Lehre des Näheren darzustellen. Hier genügt der Hinweis darauf, dass die meisten diesen Gegenstand behandelnden französischen Schriftsteller bei Begründung des Verbotes der *concurrence déloyale* das Moment der Unsittlichkeit einer solchen Handlungsweise besonders betonen, wie beispielsweise Pouillet *(Traité des marques de fabrique et de la concurrence déloyale*, Introd. VIII) bemerkt: *„La concurrence déloyale — le mot lui même l'indique — est celle qui emploie des moyens detournés frauduleux, des menées que la droi-*

ture et l'honnêteté reprouvent." Freilich zieht das französische Recht durchaus nicht alle sich ergebenden Consequenzen aus dieser Stigmatisirung, denn eine Concurrenz, welche darauf gerichtet ist, pecuniäre Uebermacht direct zur wirthschaftlichen Vernichtung des Mitwerbers, wenn auch mit vorübergehender eigener Geldeinbusse, zu verwenden, wird, mag dieselbe moralisch auch noch so verwerflich erscheinen, nicht als *concurrence déloyale* angesehen und neuere Schriftsteller (Otto Mayer in der Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht, Bd. 26, S. 376, Hans Schuler, Die *concurrence déloyale,* Zürich 1895, S. 20, 30) sind wohl im Rechte, wenn sie hervorheben, dass für die Beurtheilung eines Verhaltens als *concurrence déloyale* der Umstand entscheidend sei, dass die zur Abwendigmachung der Kundschaft angewendeten Mittel der eigenen wirthschaftlichen Kraft des Concurrenten nicht entstammen.

Bekanntlich hat auch die deutsche Gesetzgebung in neuester Zeit mit dem Gesetze vom 1. Juli 1896 dem Vorgange des französischen Rechts sich angeschlossen und Maassregeln zur Hintanhaltung gewisser Arten des „unlauteren Wettbewerbs" getroffen. In der „Begründung" des betreffenden Entwurfes wird gesagt: „Es kann nicht in der Absicht liegen, den Wettbewerb als solchen einzuschränken oder ihn in der Anwendung von Mitteln zu behindern, welche, ohne gegen die Gepflogenheiten eines ehrbaren Geschäftsmannes zu verstossen, anderen Gewerbetreibenden lästig oder unbequem sein mögen. Auf der anderen Seite würde man Unmögliches anstreben, wenn man versuchen wollte, in Handel und Wandel jedem Verstoss gegen die gute Sitte schlechthin

durch gesetzliche Bestimmungen vorzubeugen. Nur insoweit, als gewisse Mittel, welche moralisch verwerflich, wenngleich vom Gesetze bisher nicht verboten sind, zu dem Zwecke angewendet werden, um unberechtigte Vortheile gegenüber den Concurrenten zu gewinnen, ist Abhilfe nöthig und erreichbar.“ Auch hier begegnen wir also wieder der Absicht der Gesetzgebung, bestimmte Handlungsweisen zu verhindern, weil sie gegen die „guten Sitten“ verstossen. Und trotz des in der vorstehend angeführten Stelle so klar hervortretenden Bestrebens, in der angedeuteten Richtung ja nicht zu weit zu gehen, proclamirt der §. 826 des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches den allgemeinen Grundsatz: „Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet,“ und geht damit weit über alle bisher festgehaltenen Grenzen hinaus; ja unter diese Vorschrift fällt wohl auch der früher erwähnte capitalskräftigere Concurrent, der seinen Mitwerber mit eigenem Schaden zu Grunde richtet, um Monopolist zu werden.

Von der allergrössten Bedeutung für die Rechtsentwicklung der nächsten Zeit wird aber die erwähnte Gedankenreihe in der Richtung sein, als es sich darum handelt, die immer dringender auftretende Frage zu entscheiden, ob es im Interesse der Gesammtheit geboten erscheint, jenen vielgestaltigen Erscheinungen des Verkehrslebens gegenüber, welche man in der neueren Literatur unter dem Namen der Cartelle zusammenfasst, die Freiheit des Concurrenzkampfes zu wahren. Es entsteht diese Frage nach beiden früher angedeu-

teten Richtungen hin, nämlich ebensowohl dahin, ob man zugeben könne, dass durch den Abschluss von Cartellen der Concurrenzkampf von vorneherein ausgeschlossen und an Stelle desselben das — wenn auch möglicherweise geregelte — Monopol gesetzt werde, als auch dahin, ob in dem noch stattfindenden Concurrenzkampfe den Cartellverbindungen die Anwendung gewisser Mittel zu untersagen sei. In dieser letzteren Beziehung genügt es, an jene Erscheinungen, welche das französische Recht unter dem Begriffe des *„accaparement"* zusammenfasst, und an die mannigfachen Gesetzgebungsversuche, zu welchen diese Erscheinungen im Laufe der Zeiten den unerwünschten Anlass gegeben haben, zu erinnern. Ueber die bisherigen legislativen Vorgänge auf dem Gebiete der Cartellfrage habe ich bereits an anderem Orte mich zu äussern Gelegenheit gehabt; hier genügt es, darauf hinzuweisen, dass sofern die Judicatur verschiedener Staaten — am meisten ist dies in Frankreich und Amerika der Fall — in die Lage gekommen ist, sich mit der Frage der Giltigkeit von Cartellen zu beschäftigen, sie darauf den Gesichtspunkt der Vereinbarlichkeit derselben mit dem uns bereits sehr wohl bekannten Begriffe *„ordre public"*, beziehungsweise *„public policy"* (wegen *„restraint of trade"*) zur Anwendung gebracht hat. Ich beschränke mich in dieser Hinsicht ausser auf die von Kohler (Die Ideale im Recht; Archiv für bürgerliches Recht, Bd. 5, S. 218 ff.) angeführten, auf eine Entscheidung des französischen Cassationshofes vom 13. Jänner 1879 und auf die Entscheidung des Pariser Appellhofes in der Angelegenheit des berüchtigten Kupferringes vom 18. November 1890

zu verweisen, woselbst gesagt wurde: „*Sont illicites et doivent être annulées comme contraires à l'ordre public les conventions ayant pour objet une coalition en vue de centraliser entre les mains d'une Société la production de la plus grande partie du cuivre dans le monde entier, et de paralyser ainsi toute libre concurrence. Et la nullité devra en être prononcée, même s'il a été jugé par les tribunaux correctionnels que cette coalition ne constituait pas le délit prévu par l'art. 419 Code pén. Il n'y a pas contradiction entre ces deux décisions.*“ Auch hier tritt also das Bestreben nach Aufrechterhaltung der Voraussetzungen der freien Concurrenz mit grösster Klarheit zu Tage und in gleicher Weise ist dies der Fall in den Bestimmungen der verschiedenen Coalitionsgesetze, wie z. B. des §. 152 Abs. 2 der deutschen Gewerbeordnung und des österr. Gesetzes vom 7. April 1870, R. G. B. Nr. 43, wonach den Verabredungen von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern zum Behufe der Erlangung günstigerer Lohn- und Arbeitsbedingungen, insbesondere mittelst Einstellung der Arbeit oder Entlassung der Arbeiter die civilrechtliche Wirksamkeit entzogen wird. Das österr. Gesetz hat bekanntlich im §. 4 diese Unwirksamkeit sofort auch auf alle Verabredungen von Gewerbsleuten zu dem Zwecke, um den Preis einer Waare zum Nachtheile des Publicums zu erhöhen, ausgedehnt.

Neben den beiden soeben erörterten Richtungen, in welchen der Egoismus der staatlichen Gesellschaft sich geltend macht, um die Voraussetzungen ihres gesicherten Bestandes und der Wohlfahrt der grossen Mehrheit ihrer Mitglieder, namentlich aber der im Kampfe

um die wirthschaftliche Existenz schwächer ausgerüsteten und minder rücksichtslosen, besser zu sichern, ist noch auf eine dritte Reihe von Erscheinungen hinzuweisen, in welchen sich gleichfalls egoistische Tendenzen der Gesammtheit offenbaren, deren Ziele wiederum als Postulate der „guten Sitte“ sich den individuell-egoistischen Bestrebungen der einzelnen Gesammtheitsglieder entgegenstellen. Auch die jetzt zu besprechenden Erscheinungen können auf eine vielhundertjährige Entwicklungsgeschichte verweisen, wenngleich die Gestaltungen des Auftretens der ihnen zu Grunde liegenden Tendenz im Laufe der Zeiten sehr verschiedene sind.

In den Memorabilien des Sokrates (I, 6, 13) berichtet uns Xenophon eine Aeusserung des Weltweisen, dass in Athen der Verkauf der Wissenschaft als ebenso schändlich gelte, wie der Verkauf der Liebe. Die Verkäufer der Liebe nenne man Huren, die der Wissenschaft Sophisten. Und ebenso lässt Plato (Gorgias 520 E.) den Sokrates die sophistische Art des Wissenschaftsbetriebes als „schändlich“ (*αἰσχρόν*) bezeichnen. In einer ganz ausgezeichneten, durch bedeutendste Gelehrsamkeit hervorragenden, nur viel zu wenig bekannten Abhandlung (Inästimabilität und Honorirung der *artes liberales* nach römischem Recht; Festgabe für Planck, München 1887) hat Theodor Löwenfeld den überzeugenden Nachweis erbracht, dass mit den erwähnten Aussprüchen die allgemeine Ansicht des classischen Alterthums vollkommen übereinstimme, dass die wissenschaftliche Berufsleistung den Alten nur als *beneficium* galt und nicht den Gegenstand der *locatio conductio* bildete, dass daher die Bezüge der Mitglieder dieser Berufe

nicht unter dem Gesichtspunkte des Lohnes, von „*merces*“, sondern nur als Sustentation, als Beiträge zu ihrem Unterhalte angesehen werden können. Dabei verweist Löwenfeld mit vollem Rechte namentlich auf die höchst merkwürdige l. 1, D. 50, 13, woselbst zunächst der Grundsatz ausgesprochen wird: „*Praeses provinciae de mercedibus jus dicere solet, sed praeceptoribus tantum studiorum liberalium,*“ also auf dem Wege der *extraordinario cognitio,* offenbar weil zum Schutze des Honorarrechtes dieser Berufe eine civilrechtliche *actio* nicht zur Verfügung stand, dann aber sofort im §. 4 auch dieses Rechtsmittel zunächst den Philosophen verweigert wird, „*non quia non religiosa res est, sed quia hoc primum profiteri eos oportet, mercenariam operam spernere*“, und derselbe Standpunkt im §. 5 auch gegenüber den Lehrern des Civilrechts festgehalten wird, denn: „*Est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonestanda, dum in judicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit. Quaedam enim, tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.*“ Mit Recht macht Löwenfeld auf die Aehnlichkeit dieses Standpunktes mit dem kirchenrechtlichen Begriffe der Simonie aufmerksam, durch welche das um Geld veräusserte geistliche Gut seiner Wirksamkeit beraubt wird. Aber auch bezüglich der Aerzte und der Techniker des Alterthums, der *agrimensores*, erbringt Löwenfeld den Beweis für seine Behauptungen. Aus seinem überreichen Materiale möchte ich hier nur die äusserst interessante c. 9. C. X, 52: „*Archiatri scientes annonaria sibi commoda a populi commodis ministrari, honeste obsequi tenuioribus*

malint, quam turpiter servire divitibus. Quos etiam ea patimur accipere, quae sani offerunt pro obsequiis, non ea quae periclitantes pro salute promittunt", anführen, sowie ferner den Ausspruch des Galenus, der gleich dem Hippokrates für seine Wissenschaft die Qualification als Philosophie in Anspruch nimmt: „Denn das Ziel der (*scil.* ärztlichen) Wissenschaft kann der nicht erreichen, der sie erlernt, nicht um ein Wohlthäter der Menschheit zu werden, sondern um Geld zu erwerben. Es ist nicht möglich, zugleich nach Geld und Wissenschaft, zumal einer so gewaltigen, zu streben, sondern das eine oder die andere muss verachtet werden."

In meinem im Jahre 1896 veröffentlichten Vortrage „Erwerb und Beruf" habe ich den Versuch gemacht, die beiden Organisationsformen productiver menschlicher Arbeit zu charakterisiren und ihr Wesen an typischen Beispielen darzulegen. Ich habe dort ausgeführt (S. 24): „Die Organisation des gewöhnlichen Erwerbes beruht wesentlich auf wirthschaftlichen, die Organisation des Berufes wesentlich auf ethischen Momenten. Bei der Organisation des Erwerbes ist der Ausgangspunkt das Recht, und der Erwerbtreibende übernimmt die entsprechende Pflicht nur deshalb, weil kein anderes Mittel besteht, um in den Genuss des Rechtes zu gelangen und ist nach der Natur der Sache berechtigt, die möglichste Verringerung dieser Pflicht anzustreben; bei der Organisation des Berufes in dem dargestellten engeren Sinne ist der Ausgangspunkt die Pflicht, deren Umfang in den angeführten Berufen gar nicht näher präcisirt ist und begrifflich bis zur äussersten Anspannung aller Kräfte, ja selbst bis zur

Aufopferung des Lebens reicht. Nur gegen Erfüllung dieser Pflicht werden die Ehren des Berufes und standesgemässer Lebensunterhalt gewährt."

In demselben Vortrage (S. 42 ff.) habe ich auch bereits darauf hingewiesen, dass namentlich in der Organisation jener Stände, welchen die Ausübung einer wissenschaftlichen Thätigkeit obliegt, berufliche Elemente in grösserem Umfange seit jeher vorfindlich sind, dass diese Erscheinung aber nichts zufälliges enthalte, sondern der historischen Entwicklung dieser Stände entspreche, welche stets mehr oder weniger den Charakter beruflicher Organisation zeigten, dass in der öffentlichen Meinung jederzeit und noch heute die begründete Ansicht bestehe, dass die Angehörigkeit zu einem dieser Stände nicht allein den Zweck habe, ihrem Inhaber zu einem mehr oder weniger reichen und ehrenvollen Einkommen zu verhelfen, sondern dass mit dieser Angehörigkeit auch schwerwiegende Pflichten der Gesammtheit gegenüber verbunden sind, denen der Einzelne lediglich aus Erwerbsrücksichten sich nicht ohne Weiteres entziehen darf. „In den ältesten Zeiten fiel die Ausübung dieser Functionen, soweit ein Bedürfniss für dieselben bestand, den Priestern anheim; die Spuren dieses geheiligten Ursprungs sind auch jetzt noch nicht völlig verschwunden; nur sehr langsam wurden diese Functionen auch als Erwerbszweige und der Anspruch der Standesglieder auf Entlohnung anerkannt — eine Ueberzeugung, die auch jetzt noch nicht in allen Bevölkerungskreisen zum völligen Durchbruche gelangt ist — und allgemein wird auch heute noch die Ausübung eines solchen Berufes in mancher Beziehung nicht

als Erwerbszweig, sondern als Amt angesehen und behandelt.“

Der Zusammenhang dieser mannigfaltigen Erscheinungen ist offenbar. Ganz abgesehen von den rein beruflichen Organisationen, die in der Mehrzahl auf dem Gebiete wissenschaftlicher und kriegerischer Thätigkeit — analog mit den Priester- und Kriegerkasten der ältesten Culturstaaten — sich entwickelt haben, wie namentlich den Priestern, Beamten, Officieren, öffentlichen Lehrern, zeigt auch das neuere Recht in Betreff solcher Stände, welche nicht so strenge beruflich organisirt sind, wie die eben genannten, deren Thätigkeit aber auf wissenschaftlichem Gebiete sich bewegt, vielfach Einrichtungen, welche auf den Grundgedanken der Inästimabilität wissenschaftlicher Leistungen und die Nothwendigkeit der Gewährung einer ausreichenden Sustentation für jene Personen, welche sich diesen Thätigkeiten widmen, zurückzuführen sind. Auch in dieser Hinsicht kann ich mich auf die Ausführungen meines erwähnten Vortrages beziehen, namentlich insofern in demselben auf die vielfach eintretende staatliche Tarifirung der hieher gehörigen Leistungen, und insbesondere auf die Organisirung des Notarenstandes, auf die Verpflichtung der Advocaten zur Armenvertretung, sowie darauf, dass nach den Einrichtungen mancher Staaten, so in England und Frankreich, den rechtsgelehrten Anwälten, den *barristers* und *avocats*, ein Klagerecht in Betreff ihrer Expensen gar nicht zugestanden, beziehungsweise die Erhebung einer solchen Klage als schweres Disciplinarvergehen angerechnet wird, endlich auf die üble Meinung hingewiesen wird,

welche man von einem Arzte hegt, der seinen Beruf lediglich vom Erwerbsstandpunkte betrachtet und die Gerichte häufig mit Honorarklagen in Anspruch nimmt. Auch für unsere Verhältnisse gilt der früher angeführte Ausspruch Ulpians: „*Quaedam enim, tametsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur.*“

An derselben Stelle (S. 24) habe ich übrigens mir erlaubt, auch darauf aufmerksam zu machen, dass berufliche Organisationen nicht etwa nur dort vorkommen, wo es sich darum handelt, Geschäfte zu besorgen, welchen gewissermassen ein obrigkeitlicher oder doch zum Mindesten ein nach unseren Begriffen irgendwie social höher stehender, also namentlich ein wissenschaftlicher Charakter zukommt. „Die heutige Entwicklung des Staats-, Landes- und Gemeindebeamtenthums zeigt, dass von Mitgliedern solcher Organisationen in sehr vielen Fällen auch Geschäfte rein wirthschaftlicher Art, und zwar häufig ganz ausschliesslich besorgt werden.“ Das gilt insbesondere von staatlichen und communalen Gewerbebetrieben, mögen dieselben monopolisirt sein oder nicht. In zahlreichen Fällen, namentlich in Betreff der sogenannten „Diener“ im Gegensatze zu den eigentlichen Beamten, handelt es sich sogar nur um die Verrichtung untergeordneter, vielfach ganz manueller Dienste. Ebenso zeigt die neuere wirthschaftliche Entwicklung viele Fälle rein beruflicher Organisirung der Arbeiter grösserer Unternehmungen. Dass solche Organisationen auch der Wirthschaftsgeschichte nicht fremd sind, beweisen die Organisationsformen des Mittelalters und es genügt in dieser Hinsicht die Verweisung auf die früheste Organisation der gewerblichen Zünfte, denen

der Betrieb eines gewissen Handwerks, wie Gierke (Das deutsche Genossenschaftsrecht, Berlin 1864, Bd. 1, S. 360, 402 ff.) sich ausdrückt, als Gesammtpflicht oblag und als Gesammtrecht zustand, also ein städtisches Amt öffentlicher Natur mit vorwiegendem Pflichtcharakter, wonach auch die Genossenschaft als Amt oder *officium* bezeichnet wurde. Also nicht in der Aufgabe liegt der Unterschied, sondern in der Organisation. Es ist höchst merkwürdig, dass schon im Alterthum, welches in dieser Hinsicht den Gegensatz zwischen den gewerblichen, ihrer Natur nach entgeltlichen, den banausischen Thätigkeiten, und der wissenschaftlichen, ihrem Wesen nach einem Entgelte nicht zugänglichen Berufsarbeit, den *τέχναι ελευθερίαι*, den *artes liberales* suchte, ein Mann, freilich der „*maestro di color che sanno*“, Aristoteles, lebhaft fühlte, dass der Unterschied an einem anderen Punkte zu suchen sei. Denn nachdem er (Polit. V, 2, §§. 1, 2) zu dem Resultate gelangt ist, dass neben allen jenen Gewerben, deren Betrieb den Körper schädigt oder entstellt, auch jede Art von Lohnarbeit, weil sie dem Geist eine unfreie und niedrige Richtung gibt, „banausisch“ zu nennen sei, fährt er fort: „Aber auch von manchen, eines freien Mannes an sich nicht unwürdigen Wissensgegenständen gilt es doch, dass sie nur bis zu einem gewissen Grade betrieben, wirklich einem freien Manne ziemen und dass dagegen sich ganz auf sie legen und Meister von Fach in ihnen werden, ganz den gleichen Uebelständen unterworfen ist. Dazu macht es aber auch noch einen grossen Unterschied, zu welchem Zwecke man etwas ausübt oder lernt. Denn Manches kann man für sich selbst oder seine Freunde oder um

der Tugend willen thun, ohne dass es für einen freien Mann unschicklich wäre; wenn man aber ganz dasselbe für Andere thut, wird man häufig für einen Solchen gelten, der Tagelöhner- und Sklavenarbeiten verrichtet.“ Und daran knüpft nun unser Philosoph den zusammenfassenden Satz: „*Αἱ μὲν οὖν καταβεβλημέναι νῦν μαθήσεις, καθάπερ εἴρηται πρότερον, ἐπαμφοτερίζουσιν*“, was Löwenfeld mit Rücksicht auf die von Aristoteles selbst bezogenen vorstehenden Ausführungen sehr zutreffend erklärt: „Die ins Leben eingeführten Thätigkeiten sind eines doppelten Betriebes fähig, eines liberalen und eines banausen“, oder vielleicht mit Rücksicht auf unsere heutigen wirthschaftlichen Verhältnisse, in welchen jeder Arbeiter darauf Anspruch machen muss, von dem Ertrage seiner Thätigkeit leben zu können, „eines berufs- und eines erwerbsmässigen“. Auch dieser Gegensatz übt, wie sofort gezeigt werden soll, tiefgehende Wirkung darauf, was von der Gesammtheit als den „guten Sitten“ entsprechend erachtet wird.

Ueberblickt man die Rechtsentwicklung in dieser Frage, so lässt sich das bisherige Resultat derselben vielleicht zunächst in dem Satze zusammenfassen, dass es als den „guten Sitten“ widersprechend erachtet wird, wenn Jemand, der nach seinem Stande die ihm obliegende Thätigkeit in berufsmässiger Weise auszuüben hat, seinem Erwerbsbetriebe einen zu weiten Spielraum gewährt. Die Belege für diese Behauptung finden sich auf den verschiedensten Gebieten berufsmässiger Thätigkeit.

Für die eigentlichen, früher genannten, Berufsstände geht die Anforderung der Beschränkung des

Erwerbstriebes natürlich am weitesten. Beamte, Officiere, öffentliche Lehrer sollen nach heutiger Rechtsanschauung für ihre berufliche Thätigkeit, ausser der ihnen gebührenden standesgemässen Sustentation, kein Entgelt erhalten, also namentlich von den Privatpersonen, mit welchen sie durch ihre amtliche Thätigkeit in Berührung kommen, kein Entgelt annehmen und selbstverständlich noch viel weniger ein solches fordern. Dieser, aus dem Wesen des den genannten Berufen zu Grunde liegenden Treueverhältnisses sich ergebende Standpunkt, über welchen ich in meiner Schrift über die „Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation" (S. 22 ff.) mich des Näheren ausgesprochen habe, findet seine Verkörperung in einer ganzen Reihe von gesetzlichen Bestimmungen, von welchen ich hier nur auf den an der angeführten Stelle citirten Artikel 177 des französischen *code pénal* in der Fassung des Gesetzes vom 13. Mai 1863, auf den §. 331 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches und auf §. 15 des deutschen Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 verweisen will, welch' letzterer namentlich ausspricht, dass zur Annahme von Geschenken und Belohnungen in Rücksicht auf sein Amt jeder Reichsbeamte der Genehmigung der obersten Reichsbehörde bedarf. Aber auch abgesehen von diesen gesetzlichen Bestimmungen haftet an jedem, einem Beamten, Officier, öffentlichen Lehrer in Rücksicht auf sein Amt gegebenen Geschenke in der öffentlichen Meinung ein Makel, die Annahme oder gar die Forderung solcher Geschenke verstösst, ganz abgesehen von den erwähnten gesetzlichen Verfügungen, gegen die guten Sitten.

Aehnlichen, wenn auch lange nicht so strengen

Anschauungen begegnen wir vielfach sowohl im Gesetze als in der öffentlichen Meinung in Betreff anderer, zu freierer beruflicher, namentlich zu wissenschaftlicher Thätigkeit berufener Stände. Ich erinnere in dieser Beziehung an die bereits früher angeführten Bestimmungen in Betreff des Advocaten- und Notarenstandes, an die in zahlreichen Gesetzgebungen vorkommenden Verbote für Advocaten, sich im vorhinein einen Theil der zu ersiegenden Forderung als Belohnung auszubedingen oder die ihnen übergebenen Streitsachen an sich zu bringen, an den §. 352 des deutschen Reichsstrafgesetzbuches, wonach ein Advocat, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand, welcher wissentlich höhere als die tarifmässigen Gebühren zu seinem Vortheile einhebt, sich strafrechtlich verantwortlich macht, an §. 879, Z. 2, des österreichischen bürgerlichen Gesetzbuches, welcher es für unerlaubt erklärt, dass ein Arzt sich für die Uebernahme der Cur von dem Kranken eine bestimmte Belohnung bedingt. Auch in Betreff dieser Stände stimmt die öffentliche Meinung mit der Tendenz der angeführten Gesetzesbestimmungen überein und verurtheilt bei den genannten Ständen die zu weit gehende Verfolgung des Erwerbsinteresses.

An dieser Stelle ist noch einer weiteren Art unmoralischer Verträge zu gedenken, die im heutigen Verkehrsleben leider nicht selten ist und auch von Lotmar (S. 71) als wichtig bezeichnet wird, die aber, wie derselbe Autor hervorhebt, nicht häufig an die Oeffentlichkeit kommt, weil die Heimlichkeit eine Voraussetzung ihrer Wirksamkeit bildet. Es sind das die Verträge mit Journalisten oder Herausgebern periodischer Druck-

schriften oder mit Telegraphenbureaus, durch welche diese Personen zu einer Handlungsweise sich verpflichten, welche eine gegen die „guten Sitten“ verstossende Verletzung ihrer publicistischen Pflichten enthält, sei es, dass diese Pflichtverletzung durch bezahltes Lob oder Tadel oder durch Schweigen bewirkt wird, und gleichviel wie das Entgelt geleistet wird (etwa durch Syndikatsbetheiligung, oder durch Inseratenpauschalien), und ebenso, ob der Bestochene die zu publicirende Mittheilung selbst verfasst oder dieselbe nur unter seiner Firma veröffentlicht. Die Verurtheilung dieser Art von Verträgen in der öffentlichen Meinung ist eine ganz allgemeine; überall wird es als die Pflicht Desjenigen, der sich berufen fühlt, als Organ der öffentlichen Meinung aufzutreten, angesehen, sich in seiner Thätigkeit nur von objectiven Gesichtspunkten und seiner wohlerwogenen Ueberzeugung, keinesfalls aber von seinem eigenen pecuniären Interesse leiten zu lassen. Die journalistische Vertretung der öffentlichen Meinung wird in dieser Richtung überall als ein eigentlicher Beruf und nicht als ein blosses Erwerbsunternehmen angesehen, dessen Inhaber berechtigt wäre, seine Stimme und seinen Einfluss auf das Publikum an den Meistbietenden zu verkaufen. Ja, man nimmt es hier mit der Vertretung fremder Interessen strenger als bei der Advocatur, weil der Anwalt seiner Aufgabe nach zur Vertretung fremder Interessen berufen ist, bei dem publicistischen Schriftsteller aber vorausgesetzt wird, dass er seine *eigene* Ueberzeugung frei und unabhängig vertrete und dadurch Einfluss auf die öffentliche Meinung gewinne. Deshalb werden Verträge der oben bezeichneten Art

ganz allgemein als gegen die guten Sitten verstossend erachtet. Eine sehr bezeichnende Anerkennung hat dieser Standpunkt im §. 76 des deutschen Börsengesetzes vom 22. Juni 1896 gefunden, wodurch Derjenige, welcher für Mittheilungen in der Presse, durch welche auf den Börsepreis eingewirkt werden soll, Vortheile gewährt oder verspricht, oder sich gewähren oder versprechen lässt, welche in auffälligem Missverhältnisse zu der Leistung stehen, ebenso wie Derjenige, welcher sich für die Unterlassung von Mittheilungen der bezeichneten Art Vortheile gewähren oder versprechen lässt, mit Gefängniss- und zugleich mit Geldstrafe bedroht wird, wodurch selbstverständlich auch die betreffenden Vereinbarungen der Rechtsungiltigkeit verfallen. Auch hieraus kann man ersehen, wie sehr die öffentliche Meinung geneigt ist, alle wissenschaftliche Thätigkeit nicht als einen gewöhnlichen Erwerbsbetrieb, sondern als die Uebung eines eigentlichen Berufes anzusehen, dessen Mitgliedern im Principe nur ein Anspruch auf ausreichende Sustentation zugebilligt wird.

Einen sehr merkwürdigen Ausdruck findet dieser Gesichtspunkt, wie hier nebenbei hervorgehoben werden mag, auch auf dem Gebiete des Urheberrechtes. Die Gesetze über das litterarische Urheberrecht schützen nämlich ihrer Natur nach den Arbeiter auf dem Gebiete der Wissenschaft ausser gegen die Veröffentlichung eines noch nicht erschienenen Werkes nur gegen Nachdruck. Sie schützen nur die Form, in welcher das Resultat wissenschaftlicher Arbeit zum Ausdrucke gelangt, nicht aber den Inhalt des wissenschaftlichen Gedankens. Dieser Schutz ist also sehr wichtig für die Werke der

Dichtung, deren Wesen in erster Linie in der Schönheit der Form liegt; er ist dagegen von geringer Bedeutung für das Produkt wissenschaftlicher Arbeit. Auf der anderen Seite schützt das Patentrecht das Resultat wissenschaftlicher Forschung, die Erfindung, nur insoweit, als sie eine gewerbliche Anwendung zulässt, also nur in ihrer Anwendung in der Erwerbswirthschaft. Selbst in dieser Hinsicht machen die Patentgesetze sehr bedeutungsvolle Einschränkungen, da namentlich Erfindungen von Nahrungs-, Genuss- und Arzneimitteln nicht Gegenstand eines Patentes sein können und demnach dem Urheber dieser für die Gesammtheit allerwichtigsten Erfindungen der rein berufsmässige Charakter seiner Thätigkeit in sehr eindringlicher Weise von Gesetzeswegen demonstrirt wird, ohne dass man die Frage seiner Sustentation auch nur berührt. Den wissenschaftlichen Lehr- und Grundsatz aber, wenngleich derselbe die Quelle der verschiedensten, auf der Hand liegenden Erfindungen sein kann, schützt das Patentrecht, wie beispielsweise im §. 2 des österreichischen Patentgesetzes vom 11. Jänner 1897, R. G. B. Nr. 30, sogar ausdrücklich ausgesprochen wird, überhaupt nicht; die wissenschaftliche Forschung als solche wird in dieser Richtung als rein berufsmässige Thätigkeit angesehen.

Von diesem Excurse zu meinem eigentlichen Thema zurückkehrend, erübrigt mir noch, darauf hinzuweisen, dass rücksichtlich jener Personen, welche die ihnen obliegende Thätigkeit in berufsmässiger Weise auszuüben verpflichtet sind, nicht bloss die zu weit gehende Bethätigung des Erwerbstriebes, sondern auch manch andere Verletzung der berufsmässig ihnen obliegenden Pflichten

als gegen die guten Sitten verstossend von der öffentlichen Meinung angesehen wird. Ich erinnere in dieser Beziehung nur an die Verletzung der berufsmässigen Schweigenspflicht, welche bei den eigentlichen, streng organisirten Berufen, wie bei Beamten, Priestern, Officieren als Dienstvergehen sich darstellt und selbst den Thatbestand eines Verbrechens begründen kann, aber auch bei anderen Berufen, wie bei Advocaten, Notaren, Aerzten allgemein und auch im Gesetze, und zwar sowohl durch strafrechtliche Sanction, als auch bei Normirung der Zeugnisspflicht anerkannt wird und welche selbst bei anderen Ständen, namentlich bei Privatangestellten und gewerblichen Hilfsarbeitern — mit Rücksicht auf das diesen Stellungen innewohnende berufliche Element in gewissem Umfange als geboten angesehen und in neuerer Zeit sogar theilweise unter gesetzliche Sanktion gestellt wird, wie ich in meiner Abhandlung über „Die Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation“ (S. 133 ff.) des Näheren erörtert habe.

Auch in der Richtung der Verletzung der Berufspflichten ist es also zunächst die staatliche Gesammtheit und ihr Egoismus, welche ein solches Vorgehen als gegen die guten Sitten verstossend erachtet und selbst mit Strafe bedroht, weil es im dringenden Interesse dieser Gesammtheit gelegen angesehen wird, dass jene Aufgaben, deren Erfüllung in beruflicher Weise und nicht durch den Concurrenzkampf des Erwerbstriebes sie für geboten erachtet, auch wirklich in dieser Weise erfüllt werden. Die Verletzung der Berufspflichten richtet sich aber nicht bloss in der angegebenen Weise gegen die Interessen der staatlichen Gesammtheit, sondern auch

gegen die Stellung des Berufes innerhalb der staatlichen Gesammtheit und dadurch gegen die Interessen seiner sämmtlichen Mitglieder. Daher kommt es, dass, obzwar es nach der Natur der Sache nicht angeht, ein erschöpfendes System und genaue Thatbestände der Disciplinarvergehen aufzustellen, dennoch bei jenen Berufsständen, deren Disciplinarrecht in codificirter Form erscheint, ganz regelmässig Vergehungen gegen die eigentlichen Dienstpflichten (also beispielsweise bei den Staatsbeamten gegen die Pflicht zur Amtsführung, zur Treue, zum Gehorsam) und Vergehungen gegen die Ehre und das Ansehen des Standes unterschieden werden, wie beispielsweise §. 10 des deutschen Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 normirt: „Jeder Reichsbeamte hat die Verpflichtung, das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen und durch sein Verhalten in und ausser dem Amte der Achtung, die sein Beruf erfordert, sich würdig zu zeigen.“ Eine Ausserachtlassung der Pflichten der ersten Art richtet sich zunächst gegen den Dienstherrn und das von ihm vertretene Interesse der Gesammtheit, für deren Zwecke das Amt besteht; die Verletzung der Pflichten der zweiten Art trifft zunächst das Ansehen der Berufsmitglieder und nur mittelbar das Interesse der Gesammtheit. Selbstverständlich ist hiedurch nicht ausgeschlossen, dass zahlreiche Arten von Pflichtverletzungen zugleich gegen beide Pflichtenkreise verstossen und auch demgemäss geahndet werden. Dieser Unterschied kann sogar wichtige juristische Consequenzen nach sich ziehen, wie sich beispielsweise aus §. 47 des österreichischen Disciplinarstatutes für Advocaten (Gesetz

vom 1. April 1872, R. G. B. Nr. 40) ergibt, wonach die Berufung gegen ein Erkenntniss des Disciplinarrathes an den obersten Gerichtshof dem Anwalte der Advocatenkammer ohne Beschränkung, dem Oberstaatsanwalte jedoch nur dann zusteht, wenn es sich um ein Disciplinarvergehen handelt, durch welches die eigentlichen Berufspflichten verletzt wurden, nicht also in dem Falle, wenn das Vergehen lediglich eine Beeinträchtigung der Ehre oder des Ansehens des Standes beinhaltet (§. 2 eod.). Der Oberstaatsanwalt fungirt hier eben nur als Vertreter der staatlichen Gesammtheit und das Gesetz erachtet nicht diese, sondern nur den Vertreter des Standes, den Kammeranwalt, für berufen, die Standesehre zu wahren. Eine ganz analoge Bestimmung enthält das citirte Statut im §. 53 in Betreff der zulässigen Beschwerde gegen den Beschluss des Disciplinarrathes, dass kein Grund zur Disciplinarbehandlung des Beschuldigten vorhanden sei.

Dass solche Erscheinungen auch in der Gesetzgebung vorkommen, darin liegt nichts Ueberraschendes. Wenn der Staat das Bestehen einer beruflichen Organisation für seine Zwecke als geboten erachtet und dieselbe in seiner Gesetzgebung anerkennt, dann muss er auch mit dem dieser Organisation naturgemäss entspringenden Egoismus der beruflichen Genossenschaft rechnen, der auf Förderung der Interessen dieser Genossenschaft, sowie ihres Ansehens und des Wohles ihrer Mitglieder gerichtet ist. Ich habe bereits in meinem früher citirten Vortrage: „Erwerb und Beruf“ (S. 50) auf das der neueren Wirthschaftsentwicklung eigenthümliche Entstehen und Wachsen zahlreicher beruflicher

Organisationen verwiesen und die auffallende Analogie dieser Erscheinung mit den Geschehnissen in der zweiten Hälfte des Mittelalters hervorgehoben, da mit dem Sinken der staatlichen, der Königsgewalt, mit der wachsenden Unsicherheit und Gefahr der Verhältnisse für den Einzelnen überall, in Stadt und Land, Organisationen der Vereinigung und der Unterordnung zum Zwecke des Schutzes und der Sicherung der Existenz entstanden. „Heutzutage entsteht eine analoge Entwicklung zwar nicht durch die Unsicherheit der physischen und rechtlichen Persönlichkeit, denn diese hat im modernen Staate ihre Garantie gefunden, wohl aber durch die Unsicherheit der wirthschaftlichen Existenz. Der schrankenlose Wettbewerb der heutigen Wirthschaftsordnung bedroht die Existenz zahlloser und zwar nicht bloss wirthschaftlich ganz schwacher Personen und selbst die wirthschaftlich stärkeren scheuen dieses gefahrvolle, leichenbedeckte Schlachtfeld. In ihrer Sorge und Furcht vor diesem unbarmherzigen Kampfe ums Dasein und seinem Ausgange finden sie sich bereit, einen Theil ihrer wirthschaftlichen Freiheit und Selbstständigkeit und die mit der Uebung derselben möglicher Weise verbundenen Chancen eines grösseren wirthschaftlichen Erfolges zu opfern; sie vereinigen sich, um im Kampfe stärker zu sein oder unterordnen sich einem social oder wirthschaftlich Stärkeren, wenn ihnen dadurch ihre Existenz besser gesichert erscheint..... In beiden Fällen entstehen berufliche Organisationen mit vorwiegenden Pflichten, im ersten Falle gegen den Verband, im zweiten Falle gegen den Dienst- oder Arbeitsherrn.“ Ich darf dieser eigenen Ausführung wohl noch einen, dieselbe

nach einer anderen Seite ergänzenden Satz Ihering's beifügen, der in seinem „Zweck im Rechte“ (Bd. 2, S. 169) schreibt: „Der Druck des autoritativen und corporativen Princips in Staat und Kirche hat seinerzeit die Reaction des Individualismus hervorgerufen, gleichmässig im Leben, wie in der Wissenschaft. Es war die Zeit der Auflehnung des Individuums gegen die überlieferte Ordnung, die zuerst innerhalb der Kirche mit der Reformation begann und sich dann im Staatsleben in den Revolutionen fortsetzte und in der naturrechtlichen Theorie ihren wissenschaftlichen Ausdruck fand. Aber wie der Individualismus hervorgerufen ward durch eine vorangegangene Einseitigkeit, so ist er auch wiederum der Einseitigkeit verfallen, um sodann abermals eine neue zu erzeugen.“

Wie dem immer aber auch sei, und welches die Ursachen dieser Bewegung sein mögen, es kann nicht daran gezweifelt werden und jeder Blick auf das, was um uns her vorgeht, ist geeignet es zu bestätigen, dass wir in einer Zeit sehr lebhafter Bethätigung des corporativen Princips uns befinden. Und dabei kann es uns nicht befremden, dass alle diese neu entstehenden oder an der Kräftigung ihres althergebrachten Bestandes wirkenden Genossenschaften, Vereine, Associationen und Gemeinschaften, gerade wie der staatliche Organismus selbst, zur Förderung ihres Zweckes und des Wohles ihrer Glieder einen sehr kräftigen Egoismus bethätigen und dass sie gerade wie der Staat geneigt sind, eine Handlungsweise ihrer Mitglieder, welche gegen diesen Gesammtegoismus nach ihrer Ansicht verstösst, als Verletzung der „guten Sitten“ aufzufassen. Die Belege

für diese Behauptung bieten sich in grosser Zahl von selbst und zwar auf den verschiedensten Gebieten, und das moralische Urtheil der Mitglieder eines Arbeiterverbandes in Betreff jener Genossen, welche ihre Arbeitskraft um niedrigeres Entgelt anbieten oder während eines Ausstandes sich zur Arbeit bereit finden lassen, unterscheidet sich in seinem Inhalte kaum irgendwie von dem Urtheile der Mitglieder eines Fabrikantensyndikates in Betreff eines Genossen, der durch erhöhte Lohnanbietungen anderen Syndikatsmitgliedern geschickte Beamte oder Arbeiter entzieht oder einen Cartellvertrag verletzt. Ganz ebenso verwerfend urtheilen Mitglieder einer bäuerlichen Gemeinde oder Genossenschaft über den Verletzer ihrer wirklichen oder vermeintlichen Interessen, also beispielsweise über denjenigen, der durch Grundverkauf an ein Nichtmitglied diesem die Ansiedlung oder den Geschäftsbetrieb am Orte ermöglicht. Die Standesvertretungen von Aerzten und Advocaten sind sehr geneigt, ein moralisch absprechendes Urtheil über jene Genossen zu fällen, welche unter den gesetzlich bestehenden Tarifen oder den ortsüblichen Beträgen ihre Dienste zu leisten sich bereit erklären. Auch die vollkommen organisirten Berufe fällen ein strenges moralisches Urtheil über Mitglieder, welche durch ihre Handlungsweise die Standesinteressen namentlich in der Richtung verletzen, dass dadurch das Ansehen oder die Ehre des Standes bedroht erscheint. Und diese Beispiele liessen sich in's Ungemessene vermehren, man begegnet ihnen auf Schritt und Tritt. In der für unsere Zeit charakteristischen lebhaften Wirksamkeit des Associationsprincipes in allen seinen ver-

schiedenen Formen zeigen sich eben überall auch die Einflüsse des gesellschaftlichen Egoismus, für dessen Wesen es bezeichnend ist, dass die Bethätigung desselben seitens der Gemeinschaftsmitglieder als etwas moralisch lobenswerthes, die Verletzung desselben als etwas moralisch tadelnswerthes empfunden und hingestellt wird. Das Anstreben von Vortheilen für eine Gemeinschaft, deren Mitglied man ist, wird vom moralischen Standpunkte weit günstiger beurtheilt, als das Anstreben lediglich individueller Vortheile und man kommt häufig in die Lage zu beobachten, dass die Vertreter irgend einer Gemeinschaft, beispielsweise eines Productionszweiges, in Verhandlungen über Zoll- oder Steuerfragen gar kein Bedenken tragen, öffentlich für die Gemeinschaft Begünstigungen in einer Ausdehnung in Anspruch zu nehmen, welche der Einzelne für sich zu fordern nie wagen würde. Die moralische Beurtheilung solchen Vorgehens wird um so günstiger, je umfassender und wichtiger die Gemeinschaft ist, für welche die Vortheile angestrebt werden und je mehr es ersichtlich ist, dass aus dem angestrebten Ziele für den Vertreter dieser Interessen selbst ein persönlicher Vortheil nicht resultiren könne. Ein Parteiführer, der für seine politische oder nationale Partei, ein Staatsmann, der für seinen Staat Vortheile erreicht hat, wird seitens seiner Partei, beziehungsweise seines Staates kaum jemals ein moralisches Verdammungsurtheil zu befürchten haben, und zwar auch dann nicht, wenn die von ihm angewendeten Mittel oder das angestrebte Ziel sich vom Standpunkte einer objectiven Sittlichkeit als recht fragwürdig darstellen. Das Scherzwort, welches einst einem Mi-

nister nachgeredet wurde: „Der Mann ist jeder Schlechtigkeit fähig, vorausgesetzt, dass er nichts davon hat," enthält gewiss keine moralische Verurtheilung. Vielleicht liegt hier die Lösung der oft erörterten Frage der so auffallend verschiedenen sittlichen Werthung derselben Handlungen, je nachdem sie im Interesse Einzelner oder von Staaten vorgenommen werden, die Erklärung des Widerspruches zwischen der steten theoretischen Verwerfung und der eben so stetigen praktischen Anwendung der Grundsätze des Macchiavell. Der Staatsmann wie der Krieger, sie handeln ohne Rücksicht auf einen unmittelbaren persönlichen Vortheil im Interesse einer grossen, die wichtigsten menschlichen Beziehungen umfassenden Gesammtheit, sie sind Organe des staatlichen, nicht ihres eigenen Egoismus und ihre Handlungen unterliegen von diesem Standpunkte zunächst seitens der Staatsgenossen, dann aber in Folge der Gegenseitigkeit unter den Staaten auch im Allgemeinen, einer anderen moralischen Beurtheilung, als die den eigenen Vortheil bezweckenden Handlungen der Individuen als solcher. Bei näherer Betrachtung verliert diese Erscheinung viel von dem Ueberraschenden und Seltsamen, das sie auf den ersten Blick zu bieten scheint. Die einzelnen in der Gesellschaft lebenden Menschen gehören den mannigfaltigsten Organisationen an, der Familie, den verschiedensten Associationen und Verbänden, Parteien und Interessenvereinigungen, der Kirche und dem Staate. Alle diese Organisationen haben zur Voraussetzung und erzeugen wiederum gewisse Gesammtheitsgefühle, die in den betreffenden Institutionen und den sie beherrschenden Normen zum klaren Ausdrucke

gelangen. Ich habe in meiner Abhandlung über die Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation den Versuch gemacht, nach einigen Richtungen hin zu zeigen, in welcher Weise das Treueverhältniss unter den Mitgliedern, welches die Voraussetzung und auch die Folge jeder menschlichen Organisation ist, auf dem Rechtsgebiete, häufig ganz unbewusst, seine Verkörperung findet. Es wäre ein Leichtes, denselben Nachweis auch für nicht lediglich wirthschaftliche Organisationen — ich erinnere hier nur an Familie und Staat — zu führen. So stehen die einzelnen Menschen, namentlich in unserer Zeit lebhafter Entwicklung des Associationsstrebens, in den mannigfachsten, einander sogar vielfach kreuzenden Organisationen und den dadurch bedingten Treueverhältnissen, welche der Bethätigung des individuellen Egoismus die mannigfaltigsten Schranken setzen, die rücksichtslose Aeusserung desselben häufig als unerlaubt, ja sogar als strafbar erklären und nach allen Richtungen bestrebt sind, ihre Existenz und die Wohlfahrt ihrer Mitglieder gegen den Egoismus Einzelner derselben zu schützen, und die letzteren in der rücksichtslosen Anwendung der tauglichen Mittel zur Erreichung des individuell-egoistischen Zieles zu behindern. Ganz anders gestaltet sich das Verhältniss dieser Organisationen einander gegenüber. Schon Organisationen, welche demselben Staate angehören, wie z. B. politische Parteien, Cartelle, Gewerkverbände halten einander gegenüber im Kampfe vielfach Mittel für erlaubt, deren Anwendung im Kampfe der Einzelnen vom moralischen Standpunkte vielfachen Bedenken begegnen würde, doch bilden hier das Treueverhältniss der Staatsangehörigen untereinander und die

dadurch beherrschte staatliche Gesetzgebung noch immer mächtige Schranken. Aber im Verhältnisse der Staaten untereinander fallen auch diese Schranken hinweg, auf diesem Gebiete herrscht fast schrankenlos der ungebändigte staatliche Egoismus, dem zur Erreichung seines Zweckes das wirksamste Mittel auch als das gerechteste erscheint und den in Grenzen zu erhalten die Grundsätze des Völkerrechtes und der hehre Gedanke der christlichen Völkerfamilie nur sehr wenig beitragen können. Es hat auch für unsere Zeit noch praktische Bedeutung und Anwendbarkeit, wenn Ulpian in l. 1, §. 3, D. IV. 3 daran erinnert, dass die Alten den *dolus*, wenn er gegen den Feind angewendet wurde, als *dolus bonus* im Gegensatz zum *dolus malus* bezeichneten. Handelt aber ein Staatsmann oder Feldherr nicht im eigenen persönlichen Interesse, sondern in seinem Berufe, also als Vertreter des Staates, dann fühlt er sich durch die den Staat noch überragenden Organisationen und deren Treuepflichten kaum irgendwie beschränkt, er wird zum Organe des staatlichen rücksichtslosen Egoismus und als Verwalter der Staatsinteressen unterstellt er seine Handlungsweise einem ganz anderen Massstabe, denn als Vertreter seiner eigenen Interessen. So erklärt sich vielleicht am leichtesten der Macchiavellismus in der Politik und die vielbesprochene „Heroenmoral".

Die vorstehenden Erörterungen dürften ausreichen, um den Beweis dafür zu erbringen, welch' weitreichenden Einfluss der Egoismus der gesellschaftlichen Verbände und namentlich des Staates in der Gestalt der „guten Sitten" und des „*ordre public*" in der modernen

Rechtsentwicklung auf Judicatur und Gesetzgebung ausübt. Meines Wissens hat diese Erscheinung in der juristischen Literatur bisher im Verhältnisse zu ihrer Bedeutung nur geringe Beachtung gefunden. Doch scheint mir der Gegenstand einer sehr interessanten der juristischen Literatur angehörigen Discussion hieher zu gehören, mit welchem ich mich daher kurz beschäftigen will, zumal die Erörterung beitragen kann, Klarheit über die Stellung des Richters gegenüber der Rechtsbildung auf diesem Gebiete zu schaffen. Es handelt sich um das berühmte juristische Problem in Shakespeares „Kaufmann von Venedig".

In seiner mit Recht überall verbreiteten Schrift: „Der Kampf um's Recht" ist Ihering bekanntlich in lebhafter Weise für den Standpunkt Shylocks eingetreten. Er führt aus, dass das Recht Shylocks durch schnöden Witz vereitelt, dass er um sein Recht betrogen werde, dass es ein elender Winkelzug, ein kläglicher Rabulistenkniff sei, dem Manne, dem bereits das Recht zugesprochen sei, vom lebenden Körper ein Pfund Fleisch auszuschneiden, das damit nothwendig verbundene Vergiessen des Blutes zu versagen oder ihm zu verbieten, auch weniger als ein Pfund Fleisch zu nehmen. Diese Ausführungen haben vielfachen Widerspruch gefunden. Namentlich hat Kohler in seinem geistvollen Buche: „Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz" (S. 82 ff.) seinen von Ihering abweichenden Standpunkt in sehr eingehender Weise entwickelt. Er gibt zwar zu, dass die Begründung des von Portia gesprochenen Urtheils einer Prüfung vom juristischen Gesichtspunkte nicht Stand halte, „denn es ist ein unverbrüchlicher

Rechtsgrundsatz, dass, wer dem Anderen ein Recht zu etwas gewährt, ihm damit auch das Recht zu allem dem gewährt, was unumgänglich nöthig ist, um dieses Etwas zu realisiren," aber er meint, dass wenn uns unser innerstes Gefühl lehre, dass die getroffene Entscheidung nichts destoweniger richtig ist, so müsse bei der Iheringschen Betrachtung ein Punkt ausser Ansatz geblieben, ein rechtlicher Factor übersehen worden sein und das sei wirklich der Fall: „Der übersehene Factor ist das Rechtsbewusstsein des Richters, der im Richter lebende Rechtsinstinkt, der sich noch nicht zur vollständig klaren Erkenntniss hinaufgearbeitet hat und sich daher hinter den Scheingründen des weisen Daniel verbirgt. Die Rechtsentwicklung zur Zeit des Kaufmanns von Venedig ist nämlich bereits in das Stadium eingerückt, in welchem der Shylock'sche Schein nicht mehr bloss der Moral und dem Anstandsgefühle, sondern dem Rechtssinn und dem Gerechtigkeitsgefühle widerspricht; das Fleischpfand gilt bereits dem richterlichen Rechtsgefühl als etwas rohes, als etwas ausserhalb des gesitteten Rechtes stehendes, das mithin nicht mehr als Rechtens erkannt werden kann." In seiner weiteren Darstellung führt Kohler aus, dass es allerdings Sache der Gesetzgebung wäre, „dem Volksinstinkte stets den Puls zu fühlen und, sobald das Rechtsbewusstsein den nöthigen Sättigungsgrad erreicht hat, den neuen Satz mit dem festen Griffel des Gesetzes in das Buch des Rechts einzutragen. Allein diess immer und überall zu thun, ist keine Gesetzgebung im Stande; dazu ist dieselbe viel zu sehr von den mannigfaltigsten äusseren und inneren Schicksalen beeinflusst, als dass es ihr möglich wäre,

dem Gange der Rechtsideen Schritt für Schritt zu folgen. Wo es aber die Gesetzgebung nicht thut, da thut es die Rechtspflege, sie thut es, oft völlig unbewusst und ahnungslos, aber sie thut es. Keine Rechtspflege der Welt, und wäre sie die gelehrteste und abstracteste, kann sich dem Rechtsbewusstsein des Volkes entziehen, sie müsste sonst die geistige Atmosphäre verleugnen, in welcher das Recht, wie ein neuer Antäus tagtäglich neue Kraft und Stärke schöpft. Das Rechtsgefühl wird unbewusst die Operationen des Richters durchsickern, es wird seinem Urtheil mit unwiderstehlicher Kraft die Richte geben; der Richter wird die schlechtesten Gründe, die an sich Niemanden überzeugen würden, passiren lassen und die Entscheidungsgründe seines Urtheils sind dann blosse Palliative, um dem Lichtbewusstsein, das in ihm lebt, von dem er sich aber keine klare Vorstellung machen kann, das gehörige juristische Relief zu geben; und wenn das Rechtsbewusstsein so lebhaft wird, dass es dem Richter unmöglich scheint, eine durch logische Deductionen zu gewinnende Entscheidung in die Welt zu geben, so greift er nach jedem Strohhalme, nach jedem Scheingrunde, um seine Entscheidung nur zu motiviren, um nicht als unjuristischer Laie, als motivloser Gefühlsjurist dastehen zu müssen.“ So gelangt Kohler zu den folgenden Schlusssätzen: „Dieses das ganze Herz durchglühende Rechtsbewusstsein ist es, welches die Entscheidung des weisen Daniel lenkt. Seine Zeit ist bereits zu dem instinktiven Bewusstsein gelangt, dass einem derartigen Schuldschein keine Folge gegeben werden darf, aber es ist ihr noch nicht gelungen, für dieses Bewusstsein den entsprechenden gedankenmässigen Aus-

druck zu finden; es ist eine mächtige Gefühlswallung, welche aber noch nicht in ihre Gedankenelemente zerlegt und auf die entsprechenden discursiven Sätze zurückgeführt werden kann. . . . . Jetzt ist es klar, warum der weise Daniel sein Urtheil so schlecht motiviert; es ist ein gutes Urtheil, aber mit schlechten Entscheidungsgründen; aber immer noch besser ein solches, als ein schlechtes Urtheil mit guten Entscheidungsgründen: macht nur erst einmal gute Urtheile. Die guten Gründe werden schon folgen! Das ist von jeher der Lauf der Welt gewesen."

Die erwähnte Controverse hat im weiteren Verlaufe im Jahre 1884 zu einer ziemlich geharnischten Replik und beziehungsweise Duplik der beiden genannten Autoren geführt. Und doch stehen, wie mir scheint, die Ansichten Iherings und Kohlers nicht so weit voneinander entfernt, dass eine Vereinigung derselben unmöglich erschiene. Einerseits gibt ja Kohler ausdrücklich zu, dass die von Ihering in erster Linie angegriffene Motivirung des Urtheiles der Portia unhaltbar sei. Und anderseits bemerkt Ihering in seiner citirten Schrift, dass wenn der Jurist dieses Urtheil einer Kritik unterziehen wolle, er nicht anders sagen könne, als: „Der Schein war an sich nichtig, da er etwas Unsittliches enthielt; der Richter hätte denselben also von Vornherein aus diesem Grunde zurückweisen müssen." Ferner aber darf vom Standpunkte des Juristen auch nicht unbeachtet bleiben, was Portia, sofort nachdem sie mit ihrer juristisch unhaltbaren Begründung einen unverdient grossen Triumph gefeiert hat, über das Gesetz Venedigs zu berichten weiss:

„Es wird verfügt in dem Gesetz Venedigs,
„Wenn man es einem Fremdling dargethan,
„Dass er durch Umweg oder grade zu
„Dem Leben eines Bürgers nachgestellt,
„Soll die Person, auf die sein Anschlag geht,
„Die Hälfte seiner Güter an sich ziehn,
„Die andre Hälfte fällt dem Schatz anheim,
„Und an des Dogen Gnade hängt das Leben
„Des Schuld'gen einzig, gegen alle Stimmen.
„In der Benennung, sag' ich, stehst du nun,
„Denn es erhellt aus offenbarem Hergang,
„Dass du durch Umweg und auch grade zu
„Recht eigentlich gestanden dem Beklagten
„Nach Leib und Leben; und so trifft dich denn
„Die Androhung, die ich zuvor erwähnt."

Niemand, der Gelegenheit gehabt hat, die Thätigkeit von Richtercollegien zu beobachten, wird die Richtigkeit der früher citirten Ausführungen Kohlers über den Einfluss des Rechtsgefühls und namentlich der Entwicklung desselben auf die Rechtsprechung in Abrede stellen. Dieser Einfluss ist um so grösser, als die Gesetzgebung wohl niemals im Stande war und heute bei dem stetig wachsenden Umfange der Staatsaufgaben und der nicht in gleichem Umfange zunehmenden, ja vielleicht die entgegengesetzte Entwicklung zeigenden Leistungsfähigkeit des parlamentarischen Gesetzgebungsapparates weniger als je im Stande ist, der Entwicklung des Rechtsgefühls auf seinen mannigfaltigen Gebieten gerecht zu werden. Wenn aber Kohler weiters darauf hinweist, dass in dem gegebenen Falle die Rechtsentwicklung bereits in das Stadium gelangt war, dass der

Shylock'sche Schuldschein nicht mehr bloss der Moral und dem Anstandsgefühl, sondern dem Rechtssinn und dem Gerechtigkeitsgefühl widersprach, so ist er in der Andeutung der Reihenfolge der Entwicklung sicherlich gleichfalls im Rechte, aber eine genaue Grenze in dieser Hinsicht zu ziehen, dürfte wohl kaum als thunlich sich erweisen, zumal die verschiedensten Rechtssysteme, vom römischen Rechte angefangen, wie wir gesehen haben, ja eben den Richter ermächtigen und anweisen, dem unmoralischen Rechtserwerbe entgegenzutreten, der unmoralischen Rechtsausübung die Rechtshilfe zu versagen. Gerade die Zulässigkeit der Anwendung dieser richterlichen Befugniss auf den fraglichen Schuldschein wird aber auch von Ihering zugestanden. In dieser Richtung ist also zwischen den Standpunkten der beiden genannten Autoren kaum ein erheblicher Widerspruch zu constatiren. Dieses Ergebniss wird noch evidenter, wenn man die früher angeführte Stelle aus unserem Schauspiele mit in Betracht zieht, denn an der Hand der von Portia gegebenen Aufklärungen über die venetianische Gesetzgebung verstiess ja der Schuldschein Shylocks nicht nur gegen das entwickelte Rechtsgefühl oder gegen die guten Sitten, sondern geradezu gegen ein schon damals bestehendes positives Strafgesetz und wäre dessen rechtlicher Bestand schon mit Rücksicht hierauf kaum zu vertheidigen gewesen, da die Gefährdung des Lebens Antonios schon durch das Begehren nach dem versprochenen Pfunde Fleisch und nicht erst durch die Eventualität des Zuviel- oder Zuwenigschneidens oder des Blutvergiessens eintrat und gegenüber einem solchen, absolut zwingenden Charakter an sich

tragenden Verbotsgesetze die seinerzeitige vertragsmässige Verpflichtung Antonios gewiss nicht von Wirkung sein konnte.

Wie sehr aber der geschilderte Gang der Rechtsentwicklung auch für unsere Zeit zutrifft, dafür gibt es keinen besseren Beweis als eben die früher besprochenen hieher gehörigen Vorschriften des neuen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, namentlich die §§. 138, 226, 826, welche dem Richter geradezu das als Aufgabe übertragen, was nach der Ausführung Kohlers sonst nur in Folge der unzureichenden Wirksamkeit der Gesetzgebung „oft völlig unbewusst und ahnungslos" von ihm ausgeübt wird. Die Gesetzgebung macht auf diese Art den Richter zum unmittelbaren Organ für die Erkenntniss und den Ausdruck der Entwicklung des Rechtsgefühls; sie überlässt es ihm, zunächst die einzelnen vorkommenden Fälle vom Standpunkt des sich entwickelnden Rechtsgefühls zu beurtheilen und behält sich vor, nach Maassgabe der Erfahrungen und des Bedürfnisses das Resultat dieser Entwicklung seiner Zeit als allgemeinen Rechtssatz mit universeller Geltung auszusprechen.

Noch eines Punktes muss an dieser Stelle gedacht werden. Man könnte nämlich in der vorstehenden Darstellung einen unlösbaren Widerspruch darin erblicken wollen, dass einerseits von einer Entwicklung des Rechtsgefühles, andererseits aber von den bestehenden, und selbstverständlich gleichfalls in stetiger Entwicklung begriffenen „guten Sitten", von den „*boni mores*", also im Wesen doch von Postulaten die Rede sei, welche dem Gebiete der Sittlichkeit und daher — nach einer vielfach verbreiteten Ansicht — nicht dem Rechtsgebiete

angehören. Dieser Widerspruch könnte aber nicht als bestehend angesehen werden. Die bisherige empirische Untersuchung der thatsächlichen Erscheinungen auf unserem Gebiete hat gezeigt, welche Ideen es vorzugsweise sind, die unter dem Schilde der „guten Sitten" und des „*ordre public*" in unserer Zeit in der Judicatur, sowie in der Gesetzgebung nach Geltung streben. Ob diese Ideen dem Gebiete der Sittlichkeit oder des Rechtes angehören, das zu erörtern, dürfte von vorneherein ein ziemlich müssiges und zweckloses Beginnen sein, da es sich ja doch immer um die nämlichen Ideen handelt und, wenn dieselben neben ihrem Vordringen in der Judicatur schliesslich in der Gestalt allgemeiner Sätze in der Gesetzgebung universelle und selbst zwangsweise Anwendung gewinnen, doch Niemand mehr zweifeln kann, dass diese Ideen wenigstens in ihrer letzteren Gestaltung auch dem Rechtsgebiete angehören. Freilich muss meines Erachtens in dieser Erscheinung ein weiterer Beweis dafür erblickt werden, dass mit der in der Jurisprudenz so beliebten Entgegenstellung von Recht und Sittlichkeit, namentlich für die Probleme der Rechtsentwicklung, sehr wenig gewonnen ist, da für die Fortbildung des Rechtes, wie ja gerade auch die früheren Ausführungen zeigen, der ethische Standpunkt, das Seinsollende entscheidend ist und als die allererste Voraussetzung für die Entstehung von Rechtsgesetzen sich erweist, dass ihr Inhalt vorerst als Theil der sittlichen Ordnung Anerkennung gefunden hat. Damit ist vollkommen vereinbar, ja es ergibt sich sogar hieraus, dass das Sittengesetz ein weiteres Gebiet umfasst als das Rechtsgesetz und es wird stets viele sittliche Gesetze

geben, die der Staat nicht zu Rechtsgesetzen erhebt. Also auch in dieser Beziehung zeigt unser Gebiet nur consequente Entwicklung und keinen Widerspruch.

Bevor ich diesen Gegenstand meiner Erörterung verlasse, scheint es mir noch von Interesse, darauf hinzuweisen, dass die eben besprochene Seite der Rechtsentwicklung schon in der mittelalterlichen Philosophie eingehende Erörterung gefunden hat. Namentlich bei dem grossen Moralphilosophen, dessen Ausführungen bei Ihering in der zweiten Auflage des zweiten Bandes seines „Zweckes im Rechte“ so grosse überraschte Anerkennung und Bewunderung gefunden haben, beim heiligen Thomas von Aquin finden sich in der angedeuteten Richtung Aussprüche, die von tiefster Einsicht in das Wesen der Rechtsbildung und Gesetzgebung Zeugniss geben. So in der *Summa theologica* (II, I, qu. 96, art. 3): „*Omnia autem objecta virtutum referri possunt vel ad bonum privatum alicuius personae, vel ad bonum commune multitudinis: sicut ea, quae sunt fortitudinis, potest aliquis exequi, vel propter conservationem civitatis, vel ad conservandum jus amici sui: at simile est in aliis. Lex autem, ut dictum est, ordinatur ad bonum commune, et ideo nulla virtus est, de cuius actibus lex praecipere non possit: non tamen de omnibus actibus omnium virtutum lex humana praecipit, sed solum de illis, qui ordinabiles sunt ad bonum commune: vel immediate, sicut cum aliqua directe propter bonum commune fiunt; vel mediate, sicut cum aliqua ordinantur a legislatore pertinentia ad bonam disciplinam, per quam cives informantur, ut commune bonum justitiae et pacis conservent.*“ Die Richtung der Ge-

setzgebung auf das Wohl der Gesammtheit gelangt hier bereits mit vollster Klarheit zum Ausdruck und wird zugleich mit aller Bestimmtheit auf die Grenze verwiesen, welche der Gesetzgebung bei Verwirklichung der sittlichen Idee gezogen ist, damit aber auch bereits damals scharf jener Punkt hervorgehoben, auf welchem die von Ihering gegebene, früher angeführte Definition des Sittlichen (S. 42) zu eng ist. Ebenso merkwürdig ist nachstehende Stelle (Sum. theol. II, 1, qu. 96. art. 2): „*Lex ponitur ut quaedam regula, vel mensura humanorum actuum: mensura autem debet esse homogena mensurato .... diversa enim diversis mensurantur; unde oportet, quod etiam leges imponantur hominibus secundum eorum conditionem; quia, ut Isidorus dicit, lex debet esse possibilis, et secundum naturam et secundum consuetudinem patriae: potestas autem, sive facultas operandi ex interiori habitu, seu dispositione procedit: non enim idem est possibile ei, qui non habet habitum virtutis, et virtuoso: sicut etiam non est idem possibile puero, et viro perfecto: et propter hoc non ponitur eadem lex pueris, quae ponitur adultis: multa enim pueris permittuntur, quae in adultis lege puniuntur, vel etiam vituperantur: et similiter multa sunt permittenda hominibus non perfectis virtute, quae non essent toleranda in hominibus virtuosis: lex autem humana ponitur multitudini hominum, in qua major pars est hominum non perfectorum virtute; et ideo lege humana non prohibentur omnia vitia, a quibus virtuosi abstinent, sed solum graviora, a quibus possibile est majorem partem multitudinis abstinere; et praecipue quae sunt in nocumentum aliorum, sine quorum prohibitione societas*

humana conservari non posset..... Dicendum, quod lex humana intendit homines inducere ad virtutem, non subito, sed gradatim; et ideo non statim multitudini imperfectorum imponit ea, quae sunt jam virtuosorum, ut scilicet ab omnibus malis abstineant; alioquin imperfecti huiusmodi praecepta ferre non valentes in deteriora mala prorumperent." In diesen mit grösster Klarheit dargelegten Principien einer erleuchteten Gesetzgebungspolitik ist schon die deutliche Hinweisung darauf enthalten, warum auch bei Verfolgung des gemeinen Besten die Gesetzgebung sich Schranken auferlegen und nicht allzuviel mit einem Male zu erreichen bestrebt sein solle.

Meine Ausführungen wären nunmehr reif zum Abschlusse. Doch scheint es mir gerathen, zur besseren Aufklärung des Gedankenganges, welchem ich in dieser, aber auch schon in meinen beiden früheren, wiederholt citirten Schriften Ausdruck zu geben versucht habe, noch einen allgemeineren, nicht speciell der Jurisprudenz angehörigen Gesichtspunkt hervorzuheben.

Ich habe bei der Verfolgung dieses Gedankenganges oft Veranlassung gehabt, von den Bildungen des Associationstriebes, von gesellschaftlichen Organisationen, von Gemeinschaften und ihrem Egoismus zu sprechen. In dem Werke eines der geistvollsten Psychologen, Adolf Horwicz: „Psychologische Analysen auf physiologischer Grundlage" (Bd. 1, S. 35) fiel mir folgende Stelle auf, die ich wegen ihres besonderen Interesses hieher zu setzen mir erlaube: „Daher kann man den Unterschied zwischen Organischem und Anorganischem folgendermassen fixiren. Die anorganischen Kräfte und Stoffe

oder die kraftbegabten Atome sind einander völlig fremd und ausserwesentlich, jedes leidet von den anderen, was deren Wesen ihm auferlegt, und fügt ihnen wiederum zu, was in seinem Wesen liegt. Jedes ist ein Wesen für sich und ihre Gesammtwirkung beschränkt sich auf einen starren unabänderlichen Causalnexus, den man wegen seiner unberechenbaren Complicirtheit in jedem speciellen Falle ebenso gut Zufall nennen kann. Jeder Zustand, jede Veränderung ist die nothwendige Wirkung von Ursachen, die ihrerseits gleich nothwendig erzeugt sind, und ist zugleich die Ursache weiterer nothwendiger Wirkungen. Das Ganze ist eine Kette, die, einmal aufgezogen, unaufhaltsam abläuft, ein stummes unabänderliches, unerbittliches Fatum. — Im Organismus dagegen finden sich die einzelnen Atome und Kräfte zu einem Ganzen vereinigt, dessen Theile einander nicht mehr ausserwesentlich sind, sondern sich untereinander und mit dem Ganzen gegenseitig bestimmen und bedingen. Die Atome bleiben, was sie waren, für sie ist der Organismus nur eine Durchgangsform, in die immer neue Atome eintreten und austreten; aber sie finden sich hier statt in physische Moleküle in organische Zellen angeordnet, die ihrerseits in wesentlichem Zusammenhange miteinander stehen und wie die einzelnen Bausteine nach einem einheitlichen Plane das Gebäude des organischen Ganzen aufbauen. Daher durchbricht der Organismus den Causalnexus der materiellen Atome und Kräfte und tritt seinerseits als neue Ursache, als freies Wesen auf, welches für sich eine ganz neue Causalitätsreihe eröffnet.“ — Und in der dieser Zusammenfassung vorher-

gehenden Darstellung sagt derselbe Autor: „Die Pflanzenzelle hält fest, was sie einmal gefasst hat, und gibt es nicht anders, als im Verlaufe des ihr eigenthümlichen Stoffwechsels wieder her. Man kann einem Atom, welches so beim Zellenbau angestellt ist, die lockendsten Verbindungen vorhalten, es bleibt in seinem Dienste, bis der Kreislauf des Stoffwechsels es wieder entlässt. Will man Atome vor Vollendung desselben ablösen, so muss man erst das organische Band durch völlige oder theilweise Zerstörung des Organismus zerschneiden. Die Atome und Kräfte sind allerdings dieselben im Organismus wie ausserhalb desselben, auch wirken sie auf- und gegeneinander in beiden Fällen nach denselben Gesetzen, daran darf man nicht zweifeln. Aber der Organismus bemächtigt sich der materiellen Kräfte und Atome und legt ihnen sein Gesetz auf, sie müssen für ihn arbeiten, freilich nach ihren Gesetzen, sonst könnten sie es nicht, aber nach seinem Plane und unter seinen Bedingungen."

Warum ich dieses Citat hieher setze? Weil ich der Ansicht bin, dass die in demselben geschilderten Vorgänge, die daselbst gegebene Charakteristik in gewissem Sinne auch für die Erscheinungen auf unserem Gebiete gelten.

Als ich die Besonderheiten der von mir so bezeichneten Rechtsgeschäfte der wirthschaftlichen Organisation zum Gegenstande meiner Untersuchung machte und zu dem Resultate gelangte, dass die bei diesen Geschäften zur Anwendung gelangenden Rechtsgrundsätze sich in mehrfachen, sehr charakteristischen Beziehungen von jenen Rechtssätzen unterscheiden, welche für die Ver-

träge des wirthschaftlichen Kampfes Geltung haben, da musste ich mir selbstverständlich auch die Frage nach der Ursache dieser merkwürdigen, bisher nur wenig beachteten Erscheinung vorlegen. Sie ist wohl darin zu suchen, dass die Rechtsgeschäfte der Organisation von dem Zwecke der letzteren beeinflusst werden, dass die Organisation ihren Mitgliedern das ihrem Zwecke entsprechende Gesetz auferlegt und die rechtlichen Beziehungen derselben dem Zwecke entsprechend geregelt werden. So kommt es, dass die Mitglieder der Organisation einander zur Treue verpflichtet sind, dass ihnen die Verfolgung ihres individuellen Vortheils untersagt wird, dass für sie besondere Bestimmungen über den Ersatz von Auslagen und Schäden gelten, dass ihre Haftung einander gegenüber gewisse Beschränkungen erleidet.

Solche Erscheinungen zeigen sich aber nicht bloss in Betreff der rechtlichen Beziehungen der Mitglieder von Organisationen untereinander. Ganz Aehnliches kann man beispielsweise auf dem wirthschaftlichen Gebiete beobachten. Die abstracte Wirthschaftslehre zeigt uns die Abhängigkeit der Preisbildung von dem Verhältnisse zwischen Angebot und Nachfrage und von der beiderseitigen Concurrenz. Es ist aber eine allbekannte Thatsache, dass das Resultat der concreten Preisbildung den allgemeinen, für dieses Gebiet geltenden Gesetzen in sehr zahlreichen Fällen durchaus nicht entspricht. Das ist beispielsweise sehr häufig in Betreff der Approvisionirungsverhältnisse und Nahrungsmittelpreise grosser Städte der Fall. Die Ursache hievon ist nicht zweifelhaft. Sie liegt in dem ausge-

sprochenen oder auch nur stillschweigenden Bestande grosser Organisationen der betreffenden Gewerbsleute, die den allgemeinen Gesetzen der Nationalökonomie zum Trotze nicht miteinander concurriren, weil die Concurrenz in diesem Falle durch den Zweck der betreffenden Organisation geradezu ausgeschlossen wird. Die für unsere Zeit so überaus charakteristische Organisationstendenz der Producenten hat ja in erster Linie stets den Ausschluss der Concurrenz zum Zwecke und die Mitglieder einer solchen Organisation sind damit einverstanden und erachten es sogar als in ihrem eigensten Interesse gelegen, sich diesem Zwecke zu unterwerfen. Auch auf dem Gebiete der Sitte fehlt es nicht an Beispielen dafür, dass die gesellschaftlichen Organisationen ihren Mitgliedern das dem Zwecke der Organisation entsprechende und zu ihrem gesicherten Bestande nothwendig erscheinende Verhalten als Gesetz auferlegen. Ich erinnere in dieser Beziehung nur an die mannigfachen für den Officiersstand geltenden Normen und an die Wahrung derselben durch besondere Ehrengerichte.

So gewahren wir also in der That — wie ja schon von zahlreichen Autoren hervorgehoben wurde — ganz auffallende Analogien zwischen dem Verhalten einerseits der natürlichen, anderseits der gesellschaftlichen Organismen zu ihren Bestandtheilen. Namentlich ist es bezeichnend, wie die einer gesellschaftlichen Organisation angehörigen und Bestandtheile derselben bildenden Individuen ihre Handlungsweise dem Zwecke der Organisation unterordnen und wie die für eine solche Organisation geltenden, geschriebenen oder ungeschriebenen

Gesetze das Bestreben zeigen, das dem Zwecke der Organisation entsprechende Verhalten der Individuen zu sichern und Schädigungen des Organismus, namentlich durch Verfolgung von Individualzwecken seitens der Mitglieder, zu verhindern. Das Verhalten der thierischen Gesellschaften in dieser Beziehung hat bereits Anlass zu den anregendsten Untersuchungen gegeben; ich erinnere nur an das berühmte Buch von Alfred Espinas über diesen Gegenstand und speciell die Bienen- und Ameisenstaaten sind seit jeher Gegenstand des Studiums und der Bewunderung. Erst kürzlich las ich in einem sehr interessanten Aufsatze von Theodor Beer über diesen Gegenstand das sehr hübsche Wort: „Die Ameise kann nicht antisocial wollen — darin liegt das Geheimniss ihres Socialismus.“ Der Autor hat wahrscheinlich recht, doch geht eben aus seiner Anschauung hervor, dass Wesen, die dem Anscheine nach, und soweit unsere Sinneseindrücke reichen, als Individuen erscheinen — und das gilt auch von den Ameisen — am Ende doch nichts sind, als eines Individualwillens unfähige Theile eines gesellschaftlichen Organismus. Sicherlich findet nun dieses Vorbild keine Anwendung auf menschliche Gesellschaften. Obwohl die Geschichte Beispiele menschlicher Organisationen auf socialistischer Grundlage kennt, welche die individualistischen Bestrebungen auf ein Minimum beschränkten, so können wir dennoch nicht daran zweifeln, dass der Mensch auch sehr individualistisch und egoistisch zu wollen und zu handeln befähigt ist, denn die tägliche Erfahrung gibt uns hievon mehr als ausreichende Belege.

Es tritt uns eben hier wieder jener Zwiespalt, jene

eigenthümliche Doppelnatur im Wesen des Menschen vor Augen, die den hervorragendsten Geistern aller Zeiten Anlass zu den eingehendsten Forschungen und tiefsinnigsten Speculationen gegeben, die aber bisher eine von allen Seiten gebilligte Erklärung noch nicht gefunden hat und die für unser Gebiet ihre unzweifelhafte Aeusserung in der klar hervortretenden Thatsache findet, dass der Mensch sich dazu bestimmt fühlt, für sein Handeln verschiedene sittliche und rechtliche Maassstäbe gelten zu lassen, je nachdem er als Einzelner, also aus rein egoistischen Motiven, oder als Theil eines Organismus, also im Interesse dieses Letzteren, handelt. Und wieder muss ich des weisen Stagiriten gedenken, wie er zuerst und vor Allen darauf hinweist, dass der Staat ein Erzeugniss der Natur, ein lebendes Wesen, ein ζῶον sei, das nach derselben Methode untersucht werden müsse, wie alle belebten Wesen, nämlich durch experimentelle Analyse, wie er alle den Staat bildenden menschlichen Wesen als Organe desselben charakterisirt, wie er den Sklaven als Organ der Familie, als einen Theil seines Herrn bezeichnet, „gleichsam wie ein für sich bestehender beseelter Theil des Körpers“ und damit bereits die früher schon erwähnte Thatsache andeutet, dass im gesellschaftlichen Organismus der körperliche Zusammenhang der Theile eine nebensächliche Eigenschaft ist und die Organisation vielmehr auf dem Wechselverhältniss der Functionen des Lebens beruht, wie er endlich sogar zu der Anschauung gelangt, dass der Staat von Natur aus früher sei, als der Einzelne, „denn wenn eben der Einzelne für sich nicht sich selber genügend ist, so verhält er sich zum Staate gerade so,

wie die Theile eines anderen Ganzen zu diesem Letzteren; wenn er aber überhaupt nicht an einer Gemeinschaft sich zu betheiligen vermag oder aber dessen durchaus nicht bedarf wegen seiner Selbstgenügsamkeit, so ist er freilich kein Glied und Theil des Staates, aber eben damit auch (kein Mensch, sondern) entweder ein Thier oder ein Gott" (Ar. Pol. I, 1, §§. 9, 12; I, 2, §§. 4, 7). Wie dem nun aber auch sein möge, so viel ist gewiss, dass wir den Menschen in seiner Geschichte stets nur in Vereinigungen, in gesellschaftlichen Zuständen auftreten sehen und dass der früher hervorgehobene Gegensatz in der Beurtheilung des Handelns zur Erreichung individueller oder gesellschaftlicher Zwecke überall und seit jeher zu beobachten ist. Dabei macht es auch keinen Unterschied, ob die betreffende gesellschaftliche Organisation ihre Entstehung einem feststellbaren Creationsacte, etwa einer Vereinbarung, einem Vertrage der Mitglieder verdankt, oder ob eine solche Feststellung nicht möglich ist. Der erwähnte Gegensatz wird kein principiell anderer, ob es sich um einen alten Staat mit nicht feststellbarer Entstehungsthatsache oder um eine moderne aussereuropäische, in der That auf einem Vertrage beruhende Republik, ob es sich um eine uralte Standesorganisation oder um einen modernen Gewerkverein, ob es sich um eine vor Jahrhunderten entstandene Montangewerkschaft oder um eine Actiengesellschaft neuesten Datums handelt. Immer gelten für das Verhältniss der Mitglieder untereinander andere Rechtsgrundsätze als nach aussen, immer erscheint das Handeln der Mitglieder gegen die Gesellschaftszwecke vom Standpunkte der Gesammtheit als gegen die guten

Sitten verstossend und unter Umständen auch als widerrechtlich. Ebenso macht es für unsere Frage keinen wesentlichen Unterschied, ob wir Socialgebilde in Betracht ziehen, deren Band ein so starkes und umfassendes ist, dass keiner der Genossen noch einem anderen Socialgebilde gleicher Art angehören kann, wie dies beispielsweise beim Staat oder bei der Kirche der Fall ist, oder ob wir auch solche Gebilde ins Auge fassen, rücksichtlich deren die Angehörigkeit zu einem derselben die Angehörigkeit zu einem oder mehreren Gebilden derselben Art nicht von Vorneherein ausschliesst, was beispielsweise bei der Mehrzahl der Vereine und Erwerbsassociationen zutrifft. Die inneren Rechtsverhältnisse dieser verschiedenen Gebilde werden selbstverständlich die grösste Mannigfaltigkeit zeigen, die Rechtsfolgen des Handelns der Mitglieder gegen die gesellschaftlichen Zwecke werden ganz verschieden sein, aber die früher hervorgehobene Grundlage für die Beurtheilung des Handelns der Mitglieder bleibt in allen Fällen die nämliche.

Zu weiteren allgemeinen Erörterungen in der angedeuteten Richtung bietet der Zweck der vorliegenden Untersuchung keinen Anlass. Namentlich kann die so häufig erörterte Frage über den Ursprung der egoistischen Triebe des Menschen einerseits und der socialen Triebe anderseits hier völlig ausser Betracht bleiben. Für unsern Zweck genügt vollständig die Constatirung des unzweifelhaften Vorhandenseins dieser beiden Bestrebungsrichtungen in der menschlichen Natur, zumal die erwähnten Erörterungen bisher zu einem abschliessenden Resultate nirgends gelangt sind, vielleicht auch nie-

mals gelangen werden, da beide Richtungen eben schon in der ursprünglichen Natur des Menschen vorhanden zu sein scheinen. Wohl aber darf mit Rücksicht auf das Gesagte hier noch beigefügt werden, dass unsere Gesellschaftswissenschaften, namentlich aber Jurisprudenz und Nationalökonomie, wie sie von den als classisch geltenden Schulen behandelt werden, den ihnen gemachten Vorwurf einer allzu atomistischen Anschauungsweise in der That zu verdienen scheinen. Denn in beiden Disciplinen wird der Ausgangspunkt von dem einzelnen Menschen als Rechts- beziehungsweise als Wirthschaftssubject genommen und hierauf aus den egoistischen Trieben desselben das ganze wissenschaftliche System construirt. Die Beschränkung, ja theilweise Ueberwindung der egoistischen durch die socialen Triebe und die dadurch bedingten Rechts- und Wirthschaftsverhältnisse innerhalb der socialen Gebilde werden häufig gar nicht, fast regelmässig aber in zu geringem Maasse in den Kreis der Betrachtung gezogen. Daraus ergibt sich ganz natürlicher Weise eine vielfach einseitige Darstellung. So haben die Verschiedenheiten in den rechtlichen Beziehungen der Menschen untereinander, je nachdem dieselben als selbstständige Rechtssubjecte oder als Mitglieder einer und derselben gesellschaftlichen Organisation einander gegenüberstehen in der Jurisprudenz eine verhältnissmässig noch sehr geringe Beachtung gefunden, obwohl in dieser Hinsicht aller Orten in der Rechtsentwicklung die interessantesten Erscheinungen sich zeigen und als ich in meiner mehrerwähnten Schrift über die „Rechtsgeschäfte der

wirthschaftlichen Organisation" den Versuch machte, auf einem einzelnen Gebiete des Civilrechtes, auf dem des Vertragsrechtes, diese Verschiedenheiten in den äussersten Umrissen aufzuzeigen und auf ihre praktische Bedeutung aufmerksam zu machen, da hatte ich nicht viel Gelegenheit auf Vorarbeiten mich zu berufen. Nicht viel anders verhält es sich in der Nationalökonomie, wo stets die Gesetze der Preisbildung durch Angebot und Nachfrage und durch die Concurrenz als unbedingt geltend behandelt werden, während dieselben doch nur zur Anwendung gelangen, wenn einzelne Menschen oder Organisationen als selbstständige Wirthschaftssubjecte einander gegenüberstehen, während im Innern der Organisation und in den wirthschaftlichen Beziehungen der Mitglieder einer solchen zu einander diese preisbildenden Momente entweder ganz ausgeschlossen sind, wie innerhalb Genossenschaften und Cartellen, oder doch nur in beschränkter Weise zur Anwendung gelangen, wie beispielsweise im Innern des Staates, wo, um nur ein nebensächliches Moment hervorzuheben, der Staatsverwaltung selbst oder öffentlichen Corporationen es praktisch kaum möglich ist, bei Ausschreibung ihrer Lieferungen den Grundsatz der freien Concurrenz zwischen in- und ausländischen Mitwerbern zur Geltung zu bringen. Es ist freilich wahr, dass bei Inbetrachtnahme aller dieser Verhältnisse die genannten Wissenschaften viel von der classischen Einfachheit verlieren werden, welche ihre Darstellungen vielfach heute noch auszeichnet, dass die Richtigkeit so mancher grundlegender Principien dieser Wissenschaften wenigstens theilweise erschüttert werden wird, aber das ist bei einer empirischen Behandlung

dieser Disciplinen nicht zu vermeiden und entspricht allein der Wahrheit, denn wenn die Erscheinungen des Lebens sehr complicirter Art und auf die verschiedenartigsten Ursachen zurückzuführen sind, dann trägt dieses Moment eben auch nicht zur Vereinfachung der Wissenschaften bei, deren Aufgabe die Erforschung dieser Erscheinungen ist und schliesslich muss sich ja die Wissenschaft nach dem Leben richten und kann nicht die übrigens ganz zwecklose und unerfüllbare Forderung erheben, dass das Gegentheil geschehe.

Zum Abschlusse nun zu dem eigentlichen Gegenstande dieser Abhandlung zurückkehrend, habe ich noch der Eigenthümlichkeit der Aufgabe zu gedenken, welche durch die besprochene Entwicklung der neueren Gesetzgebung, namentlich aber durch Gesetzesbestimmungen, wie die mehrangeführten Paragraphe des neuen deutschen bürgerlichen Gesetzbuches dem Richter übertragen wird, bezüglich welcher in den Gesetzgebungsmaterialien zu wiederholten Malen die Neuheit des Vorganges hervorgehoben und die Erwartung ausgesprochen wird, dass bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes unbedenklich darauf vertraut werden dürfe, dass die betreffenden Vorschriften im Ganzen und Grossen nur in dem Sinne werden angewendet werden, in welchem sie gegeben sind. Es ist in der That eine grosse Aufgabe, welche dem Richter in diesen und analogen Bestimmungen von der Gesetzgebung übertragen wird, eine Aufgabe, welche sich diese letztere sonst immer selbst vorbehalten hat und deren Ueberlassung an den Richter bei jenen Politikern, welche für die möglichste Einschränkung des richterlichen Ermessens durch die

Gesetzgebung eintreten, sicherlich die grössten Bedenken erregen muss. Wirklich wird dem Richter auf diesem Wege, wie früher gezeigt wurde, nichts geringeres zugemuthet, als von Fall zu Fall die Grenzen festzusetzen, welche dem Einzelinteresse bei der Begründung und Ausübung subjectiver Rechte durch das Gesammtinteresse und zwar namentlich durch das Interesse der staatlichen Gesellschaft, aber in manchen Fällen auch durch das Gesammtinteresse gewisser vom Staate anerkannter und geförderter Berufe gezogen sind. Dem Auslande gegenüber wird dieser Grundsatz in der Gesetzgebung sogar ganz ausdrücklich proklamirt, so z. B. wenn im Art. 30 des Einführungsgesetzes zum deutschen bürgerlichen Gesetzbuche bestimmt wird, dass die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ausgeschlossen sei, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstossen würde, eine Vorschrift, welche nunmehr bei der Ergänzung der deutschen Civilprocessordnung auch in diese letztere in der Anwendung auf ausländische Urtheile Aufnahme gefunden hat (§§. 328, Z. 4, 723 C. P. O.). Aber auch abgesehen von dem Verhältnisse zum Auslande kann nach dem dargestellten Entwicklungsgange der Gesetzgebung und Judicatur nicht daran gezweifelt werden, dass auf zahlreichen und sehr bedeutungsvollen Rechtsgebieten dem Richter die bezeichnete Aufgabe mit Absicht übertragen werden wollte.

Diese Erscheinung ist sicherlich geeignet, Aufmerksamkeit zu erregen. Sie widerspricht natürlich vollständig der Ansicht jener, welche die Aufgabe des Richters mit der Anwendung der bestehenden Gesetze auf

die vorkommenden Rechtsfälle als erschöpft ansehen und am liebsten zu der berühmten Weisung des Kundmachungspatentes zur österr. allgemeinen Gerichtsordnung vom 1. Mai 1781 zurückkehren möchten, wonach „der Richter einer Verjährung, widrigem Gebrauche, oder wie immer gearteten Auslegung nicht statt geben, sondern in zweifelhaften Fällen Unsere Entschliessung einholen solle.“ Sei es mir gestattet, mich zur Aufklärung dieses Gegensatzes noch einmal auf den grossen griechischen Weltweisen zu berufen. In seiner Rhetorik (I. Cap. 1) sagt Aristoteles: „Darum ist es eine Hauptaufgabe einer guten Gesetzgebung, Alles, soweit es möglich ist, selbst zu entscheiden, und so wenig als möglich der Willkür des Richters zu überlassen. Erstens darum, weil es leichter ist, einen und wenige Männer, als viele zu finden, welche wohlgesinnt und im Stande sind, Gesetze zu geben und Recht zu sprechen. Zweitens ist die Gesetzgebung das Werk langer Ueberlegung, der Urtheilsspruch aber das des Augenblicks, weshalb es schwer ist, dass die Urtheilenden das Rechte und Heilsame von sich geben. Das Allerwichtigste aber ist, dass des Gesetzgebers Entscheidung nicht über den Einzelfall (und über Vorhandenes), sondern über Künftiges und Allgemeines ergeht, während das Mitglied einer Versammlung und der Richter über schon Vorhandenes und Bestimmtes urtheilt, für welchen schon Liebe, Hass und eigener Vortheil oftmals damit verbunden ist, so dass er die Wahrheit nicht mehr genugsam erkennen kann, sondern eigene Annehmlichkeit oder Unannehmlichkeit sein Urtheil verdunkelt.“

Die Stelle des Aristoteles wird erst ganz verständ-

lich, wenn man sich der athenischen Gerichtsverfassung mit ihren Tausenden von Heliasten, die in Versammlungen von mehreren Hunderten oder noch mehr über die einzelnen Rechtsfälle zu Gericht sassen, und der Einrichtung des als eine Art von Präsenzmarke sich darstellenden Richtersoldes erinnert. Da mögen in der That seltsame Entscheidungen zu Stande gekommen sein und wohl alles Andere eher den Ausschlag gegeben haben, als Recht und Gesetz. Einen ganz eigenthümlichen Eindruck aber macht es, wenn man die Verhältnisse, welche Aristoteles im Auge hat, mit den gegenwärtigen vergleicht, weil man sich der Einsicht nicht verschliessen kann, dass die Sachlage sich in der Hauptsache einfach umgekehrt hat und dass der griechische Weise, wenn er seine Rhetorik heute schreiben würde, auf seinem empirischen Wege mit denselben Argumenten zu dem Resultate kommen müsste, man müsse dem freien Ermessen des Richters möglichst viel zur Entscheidung überlassen, der Gesetzgebung aber möglichst wenig. Und in der That, wenn auch dieser Folgerung nicht beigepflichtet werden könnte, eines wird heute schon fast von allen Seiten anerkannt, der Gesetzgebungsapparat der modernen constitutionellen Staaten steht, was die Frage der Fortbildung des Rechtes anbelangt, nicht mehr auf der Höhe seiner Aufgabe. Zur Berathung grosser gesetzgeberischer Vorlagen sind Parlamente sicherlich wenig geeignet; die von ihnen beschlossenen Aenderungen der bezüglichen Entwürfe können nur selten als Verbesserungen bezeichnet werden. Und was die kleineren hieher gehörigen Gesetze anbelangt, welche man in der Regel als sogenannte Ge-

legenheitsgesetze charakterisiren kann, so entspringen dieselben häufig genug der nicht immer zutreffenden Generalisation von Erfahrungen einzelner Personen oder ganz enger Interessenkreise, sie werden meistens nicht ohne technische Mängel an das bestehende Rechtssystem angefügt und ihr Inhalt entspricht durchaus nicht immer der naturgemässen Richtung der Rechtsentwicklung. Man beschäftigt sich daher bereits vielfach mit der Frage der Reform oder Verbesserung des parlamentarischen Gesetzgebungsapparates, es fehlt auch nicht an hieher gehörigen Versuchen, wie beispielsweise das österr. Gesetz vom 5. December 1894, R. G. B. Nr. 227, dem die österr. Civilprocessreform wohl ihr endliches Zustandekommen verdankt, aber zu einem irgendwie abschliessenden Resultate sind die betreffenden Bemühungen noch nirgends gelangt. Auf der anderen Seite ist aber die heutige Organisation des Gerichtswesens eine völlig verschiedene von jener, wie sie Aristoteles vor Augen hatte. Die grosse Mehrzahl der modernen Staaten haben eine Hauptaufgabe ihrer Thätigkeit darin erblickt, den Richterstand möglichst selbstständig und unabhängig von der Regierungsgewalt und den Parteien zu machen und seine Berufssphäre den Einflüssen der eigentlichen Politik und ihrer wechselnden Strömungen zu entrücken. Man hat zu diesem Behufe sehr verschiedene Mittel in Anwendung gebracht, deren Zweckmässigkeit und Wirksamkeit hier nicht weiter zu erörtern ist, auch das Resultat war nicht überall dasselbe, aber im Grossen und Ganzen darf so viel gesagt werden, dass in der gegenwärtigen Entwicklung der staatlichen Organe der Richterstand in

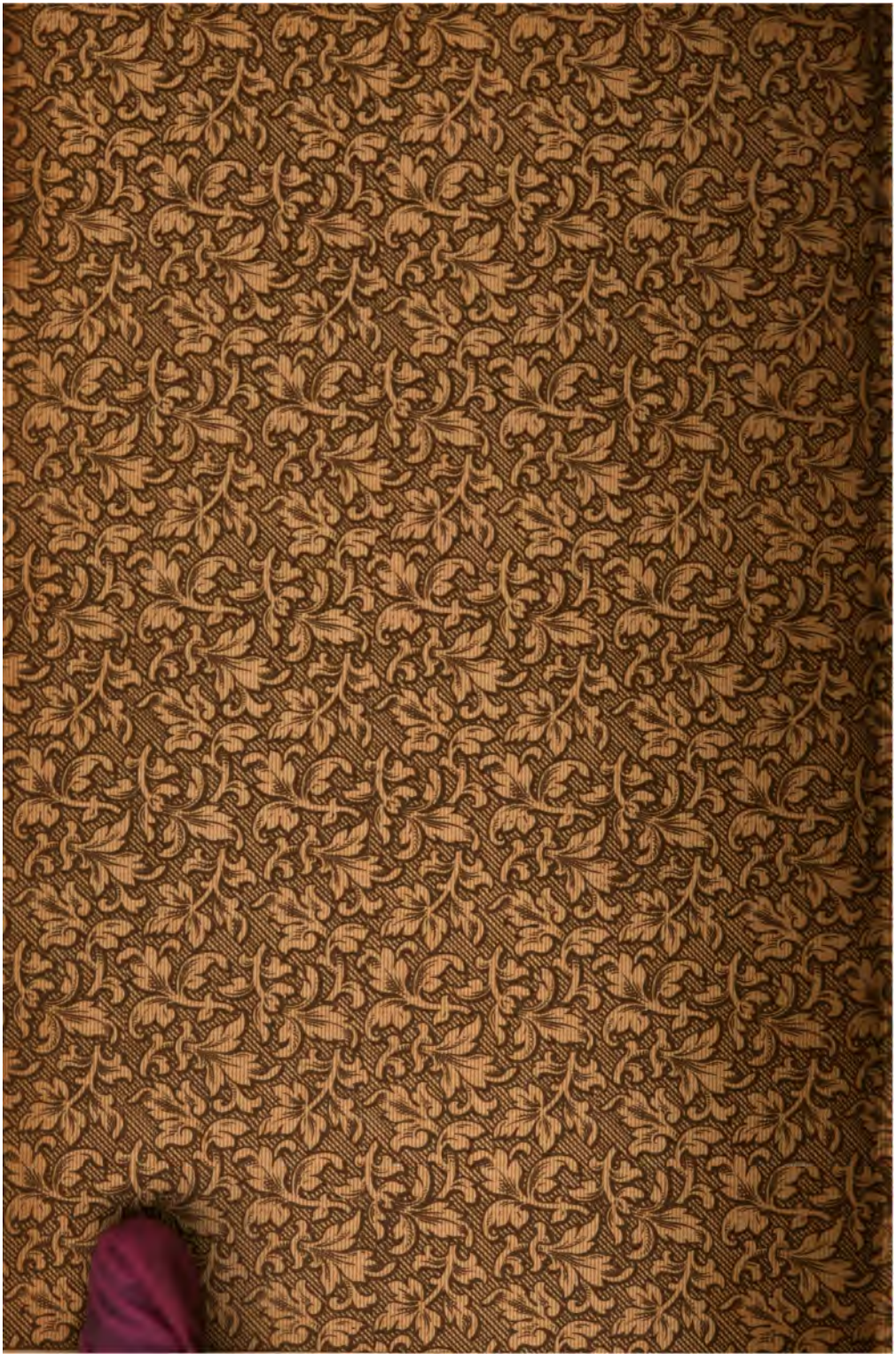
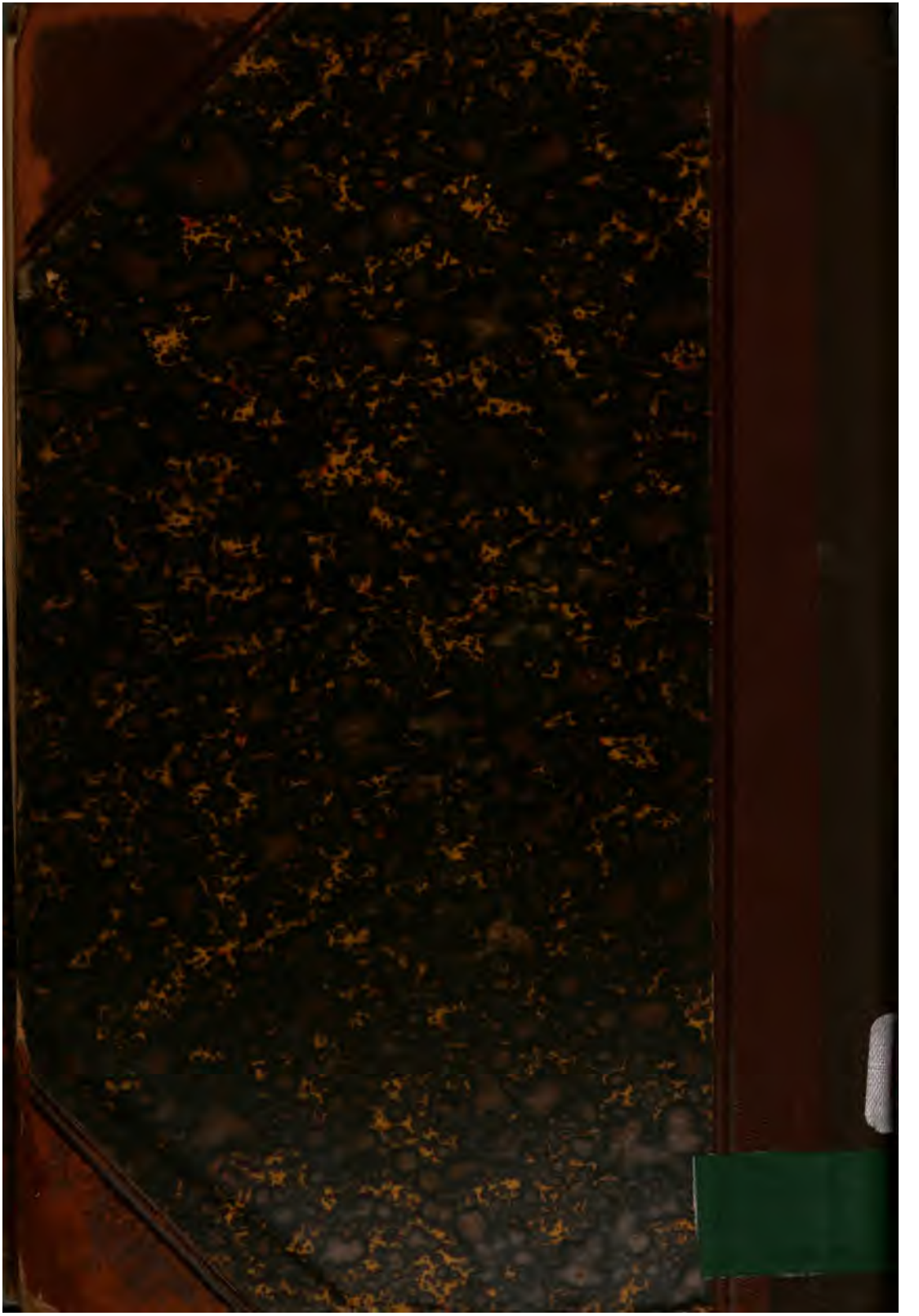
Folge der hiefür geschaffenen Garantien als ein von den zahlreichen Parteiungen verhältnissmässig unabhängiger Zweig der staatlichen Gewalt bezeichnet werden darf und von der öffentlichen Meinung als solcher auch allgemein anerkannt wird. Daher erklärt sich auch die allseits hervortretende Tendenz, den Richterstand mit mannigfachen Aufgaben zu betrauen, welche vielleicht seinem ursprünglichen Berufe nicht vollständig entsprechen, aber eine parteilose und unabhängige Stellung des betreffenden staatlichen Organs erwünscht erscheinen lassen — oder aber, wenn dieser Ausweg nicht thunlich erscheint, ein neues specielles staatliches Organ für die betreffende Aufgabe zu schaffen und es mit den dem eigentlichen Richterstande gewährten Unabhängigkeitsgarantien auszustatten. In letzterer Hinsicht erinnere ich nur an die der neueren Entwicklung des staatlichen Behördenorganismus angehörige Schaffung und Ausbildung einer besonderen Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dieser besonderen Stellung des Richterstandes, und vielleicht auch der, wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochenen Ueberzeugung der parlamentarischen Körperschaften von der Zweckmässigkeit der theilweisen Uebertragung der Fortbildung des Rechts an ein anderes, ausserhalb des Gebietes des politischen und des Parteilebens stehendes Organ ist es wohl auch zuzuschreiben, dass sich die gesetzgebenden Faktoren bereit finden lassen, wie es in dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuche in so weitem Umfange geschehen ist, die Fortbildung des Privatrechts in der hier erörterten Richtung dem Richterstande durch seine freilich zunächst nur für den einzelnen Fall erfliessenden, aber durch ihre

Eigenschaft als Präjudicate und durch ihr allgemeines Bekanntwerden auch für die Zukunft vielfach maassgebenden Entscheidungen zu überlassen, selbstverständlich ohne darauf zu verzichten, das Resultat dieser richterlichen Fortbildung des Rechtes, wie ja die angeführten Beispiele darthun, auf dem Wege der Gesetzgebung durch allgemeine Rechtssätze zu bestätigen oder auch erweiternd oder beschränkend zu modificiren.

In unserer Zeit, da einerseits im Gegensatze zu früheren Jahrhunderten durch die staatlichen Einrichtungen die äussere Rechtssicherheit im Ganzen verbürgt ist, während anderseits die Kämpfe der politischen und wirthschaftlichen Parteien an Ausdehnung und Intensität stets zunehmen und die weitgehendsten Kampfinteressen der einzelnen Parteien von ihren Vertheidigern in der öffentlichen Discussion stets als durch das staatliche Gesammtinteresse und durch die Gerechtigkeit begründet hingestellt werden, da wird nach der Natur der Sache der Wunsch nach unparteiischen Mächten im Staate, welche geeignet wären, alle die nach Realisirung ringenden Parteibegehren eben vom Standpunkte des staatlichen Gesammtinteresses und der *justitia distribuens* zu prüfen, besonders dringend. Doch hat diese Frage schon im Alterthume den Gegenstand der Erörterung der Weisen gebildet und es genügt, in dieser Beziehung an die grandiose Staatsutopie Plato's zu erinnern, der nicht bloss für den Philosophen- und Kriegerstand Eigenthum und Familie ganz aufhebt, weil er befürchtet, dass durch diese Institutionen und durch die Selbstsucht, welche sie erzeugen, die Wächter und Herrscher

von ihrem Berufe abgezogen und ungerecht gemacht würden, sondern der mit tiefster Menschenkenntniss insbesondere für den herrschenden Philosophenstand die engste Verbindung der Macht im Staate und der Liebe zur Wissenschaft postulirt, damit jeder die Regierung vermöge der ihn hiezu zwingenden Vorschrift des Gesetzes nur als eine nothwendige Last übernehme und Diejenigen, welche die Macht aus Selbstsucht lieben, vom Staatsruder entfernt bleiben, da nur diejenigen, welche ein glücklicheres Leben, als das politische kennen, zur Regierung berufen sind.

Dass nun insbesondere das eigentliche parlamentarische Regierungssystem, welches auf der Abwechslung der Regierung der verschiedenen Parteien beruht, wenig geeignet ist, dem platonischen Ideal zu entsprechen, bedarf wohl keiner weiteren Erörterung. Bekannt ist auch, dass in Folge der früher erwähnten Bildung so zahlreicher neuer Interessenverbände und Organisationen und der damit in Verbindung stehenden wachsenden Zersetzung der alten, wenigen, um bestimmte einfache politische Programme sich schaarenden politischen Parteien die Function des parlamentarischen Regierungsapparates in neuester Zeit mit ungleich grösseren Schwierigkeiten verbunden ist, als es früher der Fall war. Umsomehr lässt sich die wachsende Bedeutung eines mit den erforderlichen Garantien für seine Unabhängigkeit und Parteilosigkeit ausgestatteten Zweiges der Staatsverwaltung und die Neigung erklären, den betreffenden Stand insbesondere mit der Entscheidung jener Angelegenheiten zu betrauen, wo Einzelinteressen mit Collectivinteressen oder solche Interessen unter-

einander oder mit dem staatlichen Gesammtinteresse in Zwiespalt gerathen, kurz, wo der Egoismus der Einzelnen auf den Egoismus der Gesammtheit stösst. Und hierin liegt die symptomatische Bedeutung solcher Gesetzesbestimmungen, wie jene des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches, welche den hauptsächlichen Gegenstand der vorstehenden Untersuchung gebildet haben.

Buchdruckerei Julius Klinkhardt, Leipzig.